



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE DIREITO  
PEDRO HENRIQUE PLATT BORDIN**

**DANO MORAL E O CADASTRO POSITIVO NÃO AUTORIZADO**

Florianópolis  
2014

**PEDRO HENRIQUE PLATT BORDIN**

**DANO MORAL E O CADASTRO POSITIVO NÃO AUTORIZADO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao  
Curso de Graduação em Direito, da Universidade  
do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial  
ao grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Rafael Peteffi da Silva, Dr.

Florianópolis

2014

**TERMO DE APROVAÇÃO**

A presente monografia, intitulada  
Dano moral e o Cadastro Positivo Não Autorizado

elaborada pelo acadêmico  
Pedro Henrique Platt Bordin e

aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,0 (nove), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 08 / 07 / 2014.

[Assinatura]  
(nome do orientador)

[Assinatura]  
(nome de um membro titular)

[Assinatura]  
(nome do outro membro titular)

*Aos que gratuitamente amaram*  
*Aos que providencialmente ajudaram*  
*Aos que, solicitados, intervieram*  
*Aos que não atrapalharam*

Sou pequeno por coisas pequenas.  
Brinco de louco só pra ficar do teu lado.

## RESUMO

Passada a fase de discussão sobre a possibilidade de repara-se o dano moral, hoje o instituto é previsto na Constituição Federal (art. 5º, V e X, e art. 114) e no Código Civil (art. 186). Além disso, em legislações que disciplinam a matéria abordada neste trabalho, no art. 6º, VI e VII do Código de Defesa do Consumidor e no art. 16 da Lei n. 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo).

Sua conceituação doutrinária é amplamente divergente. São quatro as principais correntes conceituais. A primeira o define como a violação de direito personalíssimo. A segunda, como o sofrimento decorrente de lesão a bem ou interesse juridicamente tutelado. A terceira conjuga as duas anteriores, e diz ser o dano moral tanto a violação a direito personalíssimo – quando seria dano moral objetivo -, quando o sofrimento decorrente de lesão a bem ou interesse juridicamente tutelado – hipótese de dano moral subjetivo.

Principais órgãos judiciais do país, pelo menos no que concerne à matéria, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça ainda não definiram, em seu corpo de decisões, um critério de dano moral a ser seguido. Majoritariamente aceitam tanto a violação de direito personalíssimo quanto a dor psicológica advinda não necessariamente de um desrespeito àquele tipo de direito, filiando-se, portanto, à corrente dos danos morais objetivos e subjetivos. A última por fim, é a que entende ser o dano moral uma afronta à dignidade da pessoa humana, através de suas quatro vertentes: igualdade, liberdade, integridade psico-física e solidariedade.

O cadastramento de informações além daquelas concernentes apenas à inadimplência de dívidas, chamado cadastro positivo, é tendência crescente no País, e passou a ser regulado, a partir de 2011, pela Lei 12.414/2011 – denominada Lei do Cadastro Positivo. Uma das principais vantagens para o tratamento desse tipo de informação – relativas, principalmente, ao adimplemento de obrigações – é a

possibilidade da oferta de melhores condições de pagamento e de juros aos bons pagadores.

Feito sem autorização, esse cadastramento, ainda que, a princípio, contenha apenas informações positivas a respeito do registrado, pode gerar dano moral, dependendo do conceito que se escolha tomar para a definição do que é dano moral.

Para aqueles que entendem ser o dano moral a violação a direito personalíssimo, o cadastro positivo não autorizado gera tal dano, na medida em que viola o direito à privacidade. A mesma conclusão se aplica, logicamente, à tese dos danos morais objetivos e subjetivos – aqueles, violados através do direito à privacidade. Aos que entendem ser a dor psicológica um requisito para a caracterização desse instituto jurídico, fica difícil sua configuração quando o cadastro indevido é positivo – devendo a vítima demonstrar circunstâncias peculiares capazes de presumir-se o sofrimento, mesmo considerando-se o conteúdo das informações. O cadastramento positivo não autorizado também viola a dignidade da pessoa humana, gerando o dano moral, através principalmente de sua faceta da liberdade – ligada à privacidade -, entendida, no caso, como liberdade de gerir os próprios dados pessoais.

## SUMÁRIO

<b>1) CARACTERIZAÇÃO DO INSTITUTO JURÍDICO DO DANO MORAL.....</b>	<b>8</b>
<b>1.1) Dano moral previsto no ordenamento brasileiro.....</b>	<b>8</b>
1.1.1) Constituição Federal.....	8
1.1.2) Código Civil.....	9
1.1.3) Código de Defesa do Consumidor.....	10
1.1.4) Lei do “Cadastro Positivo” .....	11
<b>1.2) Conceitos doutrinários de dano moral.....</b>	<b>11</b>
1.2.1) Violação a direitos personalíssimos.....	11
1.2.2) Consequência do ato lesivo.....	13
1.2.3) Danos morais objetivos e subjetivos.....	16
1.2.4) Dano moral como ofensa à dignidade da pessoa humana.....	17
<b>1.3) Dano moral na jurisprudência brasileira.....</b>	<b>22</b>
1.3.1) Supremo Tribunal Federal.....	22
1.3.2) Superior Tribunal de Justiça.....	25
1.3.3) Adequação dos julgados aos conceitos doutrinários.....	27
<b>2) CADASTRO POSITIVO.....</b>	<b>29</b>
<b>2.1) Motivos para sua existência (vantagens econômicas).....</b>	<b>29</b>
<b>2.2) O que é e o que não é cadastro positivo.....</b>	<b>31</b>
2.2.1) Nomenclatura da Lei 12.414/2011.....	32
2.2.2) Banco de dados x Cadastro.....	34
2.2.3) “Cadastro positivo” X cadastro negativo.....	36
<b>2.3) Ilícitude do cadastro positivo não autorizado.....</b>	<b>39</b>



<b>3) DANO MORAL E O CADASTRO POSITIVO NÃO AUTORIZADO.....</b>	<b>42</b>
<b>3.1) Responsabilidade das empresas envolvidas.....</b>	<b>42</b>
<b>3.2) Análise da existência do dano.....</b>	<b>43</b>
3.2.1) Tese da violação a direitos personalíssimos.....	43
3.2.2) Tese da consequência do ato lesivo.....	49
3.2.3) Tese dos danos morais objetivos e subjetivos.....	51
3.2.4) Tese da ofensa à dignidade da pessoa humana.....	55
<b>3.3) Análise de julgados específicos sobre cadastro indevido.....</b>	<b>61</b>
3.3.1) Superior Tribunal de Justiça.....	62
3.3.2) Análise dos julgados e súmulas do STJ.....	65
3.3.3) Decisões catarinenses sobre o sistema de <i>scoring</i> .....	66
3.3.4) Análise das decisões e do sistema de <i>scoring</i> .....	73
 CONCLUSÃO.....	 78
REFERÊNCIAS.....	81

## INTRODUÇÃO

Este trabalho visa a contribuir com a definição da possibilidade de existência de dano moral sofrido pelo cadastrado na hipótese de cadastro positivo não autorizado. Para tanto, trabalhar-se-á com três capítulos. O primeiro, voltado ao instituto do dano moral; o segundo, ao cadastro positivo; e o terceiro fará o silogismo entre aquele e este, em cima de exemplos concretos.

Mais detalhadamente, no primeiro capítulo, primeiramente, apresentar-se-ão as menções a dano moral existente nos principais diplomas legais referentes à matéria estudada: Constituição Federal, Código Civil, Código do Consumidor e Lei do Cadastro Positivo. Em sequência, serão demonstradas as quatro principais correntes doutrinárias que se disõe a conceituar, definir o que é dano moral. Finalizado esse capítulo, far-se-á uma análise de como o instituto é utilizado pelos mais importantes órgãos do Judiciário nacional - pelo menos no que concerne ao tema -, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

O segundo capítulo versa sobre o cadastro positivo e, por incío, dispõe os motivos, num viés econômico, para sua existência - motivos esses que, por consequência, são a razão de ser do diploma legal que disciplina o assunto no Brasil: a Lei 12.414/2011, conhecida como “Lei do Cadastro Positivo”. Em seguida, explicita, com maior profundidade, no que consiste o objeto desse capítulo - e, logo, um dos objetos do trabalho, sendo o outro o dano moral -; ou seja, responde à pergunta: “O que é o cadastro positivo?”. Afins disso, faz duas comparações. A primeira, entre os conceitos de cadastro e banco de dados; a segunda, entre cadastro positivo e cadastro negativo. Por fim,, demonstra a ilicitude do cadastro positivo não autorizado, tanto sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, quanto na disciplina da Lei do Cadastro Positivo.

Responsável por fazer o silogismo, a ligação entre dano moral e o cadastro positivo não autorizado, o inicia-se o terceiro capítulo apontando-se o regime de responsabilidade civil aplicável a esse caso. Em seguida, passa-se ao exercício de se dizer se há ou não dano moral, e em que hipóteses específicas, no caso de

cadastramento não autorizado, de acordo com as quatro correntes conceituais apresentadas no primeiro capítulo.

## **1) CARACTERIZAÇÃO DO INSTITUTO JURÍDICO DO DANO MORAL**

### **1.1) Dano moral previsto no ordenamento jurídico brasileiro**

Na história jurídica brasileira, assim como na história dos ordenamentos dos demais países do mundo ocidental, houve, por muito tempo, discussão sobre a possibilidade de reparação do dano moral. Noutras palavras, discutia-se se poderia existir, ou não, dano moral indenizável, tutelado juridicamente (SANTOS, 2012).

Tal discussão hoje é ultrapassada na maioria dos países ocidentais, não o sendo diferente no Brasil. Nosso país prevê o instituto inclusive em sua Constituição, bem como em demais importantes marcos legais.

Este capítulo presta-se a, sucintamente, apontar essas principais previsões legais do instituto jurídico.

#### **1.1.1) Dano moral na Constituição Federal**

Na Constituição Federal de 1988, por óbvio o mais importante dos registros legais do instituto do dano moral, este aparece claramente caracterizado em três momentos. O primeiro, no art. 5º, V:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...].

Logo em seguida, pela segunda vez na Carta Magna, no inciso X do mesmo artigo:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]

Por fim, nas delimitações de competência da Justiça do Trabalho, o conceito é novamente apontado – ainda que mais recentemente, com a Emenda Constitucional n. 45/2004:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:  
[...]

VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; [...].

Essas são as previsões constitucionais do instituto do dano moral em nosso ordenamento, sendo que as duas primeiras citadas - originais do texto de 1988 - tiveram grande responsabilidade no que diz respeito ao (quase) término da discussão sobre a possibilidade de reparar-se o dano moral. MORAES (2003, p. 155) chega a afirmar que a reparabilidade do dano moral não é possível de ser futuramente negada através de emenda à Constituição, por estar inserida em cláusula pétrea (art. 60, pgfo. 4o, IV, CF).

### **1.1.2) Dano moral no Código Civil**

Prosseguindo-se no intuito de apontar-se a existência do instituto nas principais leis do ordenamento brasileiro, imprescindível, por sequência, demonstrarem-se suas previsões no Código Civil (Lei 10.406/2002).

A única menção direta ao instituto no Diploma Civil aparece em seu art. 186 :

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

No entanto, pode-se argumentar que se encontra o dano moral, ainda que indiretamente, previsto na seção do Código que dispõe sobre os direitos personalíssimos, mais especificamente em seu artigo 12:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Isso porque, como se verá mais adiante neste trabalho, para parte dos juristas brasileiros a lesão a direito personalíssimo – ou, a interesse jurídico tutelado por direito da personalidade – é justamente aquela capaz de gerar dano moral; cingindo-se o próprio conceito de dano moral com o de desrespeito a direito personalíssimo.

### **1.1.3) Dano moral no Código de Defesa do Consumidor**

Não obstante a menção a dano moral em diversas outras leis brasileiras, para os fins deste trabalho é obrigatória a descrição da previsão do instituto em duas mais leis: o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) e a Lei do “Cadastro Positivo” (Lei n. 12.414/2011).

Na lei consumerista - que também regula o cadastro positivo, como se verá adiante, juntamente com os cadastros negativos e os bancos de dados (Seção VI, arts. 43 e 44 do CDC) -, o instituto do dano moral vem em dois incisos do art. 6:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

#### **1.1.4) Dano moral na Lei do “Cadastro Positivo”**

Finalizando-se este subcatítulo, apresenta-se a previsão do dano moral na Lei 12.414/2011, em artigo que também disciplina o regime de responsabilidade civil aplicável aos casos sujeitos a essa lei:

Art. 16. O banco de dados, a fonte e o consulente são responsáveis objetiva e solidariamente pelos danos materiais e morais que causarem ao cadastrado.

#### **1.2) Conceitos doutrinários de dano moral**

A próxima etapa é entender quais os principais conceitos de dano moral defendidos na doutrina brasileira. Utilizar-se-á, para tanto, o trabalho de Maria Celina Bodin de Moraes. A autora, no livro “Dano à Pessoa Humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais” faz bom escorço histórico da evolução doutrinária brasileira no tocante a esse esforço conceitual - além de, posteriormente em sua obra, trazer proposta própria de definição do instituto, pautada no princípio da dignidade da pessoa humana, que será oportunamente abordada.

##### **1.2.1) Dano moral como lesão a direitos personalíssimos**

Os direitos da personalidade, em definição de DINIZ (2002, p. 135, *apud* GONÇALVES, 2009, p. 154), são:

(...) direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária; e a sua integridade moral (honra, recato, segredo profissional e doméstico, identidade pessoal, familiar e social).

No tocante a sua relação com o dano moral, no âmbito desta corrente doutrinária, começa MORAES (2003, p. 155) afirmando que, primeiramente, na doutrina nacional, existia dano moral apenas se um direito da personalidade fosse violado. Era conceituado o instituto como lesão ao patrimônio ideal da vítima - este entendido, segundo Wilson Melo da Silva (1983, p. 561, *apud* MORAES, 2003, p. 155) como “o conjunto de tudo o que não é suscetível de valoração econômica.” Cita além de Wilson da Silva, Pontes de Miranda e Orlando Gomes como autores filiados a essa corrente dispondo que

Os indivíduos são titulares de direitos personalíssimos que integram suas personalidades e não detêm qualquer conotação econômica. Os danos a esses direitos foram chamados de morais, pois “atingem atributos valorativos, ou virtudes, da pessoa como ente social, ou seja, integrada à sociedade.” Desta forma, considerou-se que o dano moral dizia respeito exclusivamente à reparação de violações causadas a direitos da personalidade. (2003, p. 155).

Evidencia-se a ausência de necessidade de demonstração de sofrimento, por parte da vítima, para a configuração do dano.

Importante questão a ser ressaltada, aqui, é a concernente à possibilidade, ou não, da pessoa jurídica ser sujeito de direito personalíssimo - e, conseqüentemente, ser passível de sofrer dano moral ou não, no âmbito desta corrente. O entendimento majoritário, jurisprudencial e doutrinariamente, no Brasil, é de que sim, a pessoa jurídica é titular de certos direitos personalíssimos. É merecedora, portanto, da tutela do instituto do dano moral, conforme a matiz conceitual em tela. Conforme, CAVALIERI (2010, p. 100):

É preciso ter em conta, entretanto, que a pessoa jurídica é uma das mais extraordinárias criações do Direito. Não tem vida física, mas tem existência jurídica, mais duradoura que as pessoas naturais que a criaram; não tem vontade própria (ato de querer, próprio do seu



humano), mas atua no mundo socioeconômico pela vontade dos seus órgãos dirigentes. Dessa maneira, o Direito faculta-lhe adquirir e exercer seus direitos e contrair obrigações – enfim, proceder no mundo jurídico como ser dotado de patente autonomia. Há pessoas jurídicas que são economicamente mais fortes e poderosas que muitos Estados. E, se o Direito assim trata a pessoa jurídica, é preciso reconhecer que ele, embora despida de certos direitos que são próprios da personalidade humana – tais como a integridade física, psíquica e da saúde –, é titular de alguns direitos especiais da personalidade, tais como o bom nome, a imagem, a reputação, o sigilo de correspondência etc.

Esse entendimento, inclusive, é sumulado desde 1999 pelo STJ (Súmula n. 227,) cujo enunciado tem o seguinte teor: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”. O enunciado sumular filia-se, adianta-se, a essa tese, na medida em que é única que comporta dano moral sem sofrimento (ou objetivo, como se verá).

### **1.2.2) Dano moral como consequência do ato lesivo**

Prossegue Maria Celina apresentando posterior conceituação doutrinária, que diz ser o dano moral não a violação a direito personalíssimo, mas sim a consequência ao desrespeito a qualquer tipo de direito - “já não o restringindo, portanto, aos direitos da personalidade” (2003, p. 156). Dessa forma, abre-se possibilidade para a existência de dano moral decorrente de violação a direito patrimonial. A título de exemplo traz a autora o escólio de J. de Aguiar Dias:

“A distinção entre dano patrimonial e dano moral não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter de sua repercussão sobre o lesado. Tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a bem não patrimonial, como dano moral por efeito da ofensa a bem material”.

[...]

“O dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão, abstratamente considerada.” (DIAS, 1994, p. 740, *apud* MORAES, 2003, p. 156).

ANDRADE elenca, ainda, como defensores dessa corrente, Carlos Alberto Bittar, Antonio Jeová Santos e Antonio Chaves, citando esse último:

Antonio Chaves, tratando do dano moral, afirma que: “Seu elemento característico é a dor, tomado o termo em seu sentido amplo, abrangendo tanto os sofrimentos meramente físicos, como os morais propriamente ditos.” Assim sendo, apresenta a seguinte definição: “Dano moral, portanto, é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja a dor física – dor-sensação, como a denomina Carpenter – nascida de uma lesão material; seja a dor moral – dor-sentimento – de causa material.” (CHAVES, 1985, p. 607, *apud* ANDRADE, 2003, p. 48).

Moraes conclui afirmando que, para essa corrente, para haver dano moral é necessário haver dor psicológica, sentimental. E cita, novamente, Aguiar Dias: “Dano moral é, para esta doutrina, ‘a reação psicológica à injúria, são as dores físicas e morais que o homem experimenta em face da lesão.’” (DIAS, 1994, p. 741, *apud* MORAES, 2003, p. 156).

Visualizam-se os dois requisitos para existência do dano moral, segundo esta corrente: lesão a bem ou interesse juridicamente tutelado, e dor psicológica. Para os conceitos de “bem” e de “interesse juridicamente tutelado”, recorre-se à doutrina de Orlando Gomes (2010, atualizada por Brito e Paranhos de Brito). Apesar de tratar-se de conceitos, à primeira vista, simples, e utilizados hodiernamente no ambiente jurídico, importantíssima sua distinção, afim de vislumbrarem-se os limites de abrangência do que é tutelado pelo instituto do dano moral, pela corrente doutrinária em análise. Primeiramente, a definição jurídica de “bem” para esse autor:

Objeto dos direitos são os bens e as prestações. Também outra pessoa pode ser objeto de direito em algumas relações pessoais.

A noção *jurídica* de bem é mais ampla do que a *econômica*. Compreende toda utilidade, física ou ideal, que possa incidir na faculdade de agir do sujeito. Abrange as coisas propriamente ditas, suscetíveis de apreciação pecuniária, e as que não comportam essa avaliação, as que são *materiais* ou não. Todo bem econômico é jurídico, mas a recíproca não é verdadeira, pois nem todo bem jurídico é econômico.

Tomada no sentido mais claro, a palavra *bem* confunde-se com o objeto dos direitos; designa as coisas e ações humanas (*comportamento* que as pessoas podem exigir umas das outras). Em acepção mais restrita significa o objeto dos direitos reais, visto que os direitos pessoais consistem no poder de exigir uma prestação.

Bem e coisa não se confundem. O primeiro é gênero, a segunda, espécie. A noção de bem compreende o que pode ser objeto de direito sem valor econômico, enquanto a de coisa restringe-se às utilidades patrimoniais, isto é, as que possuem valor pecuniário. Mas, por sua vez, a noção de coisa é mais vasta do que a de bem, pois há coisas que não são bens, por não interessarem ao Direito, como a luz, o ar, a água do mar. Do mesmo modo, há bens que não são coisas, como os direitos e as prestações. (2010, p. 155)

Em sequência, a análise de Orlando Gomes sobre o que seria “interesse juridicamente tutelado”, visto em comparação ao conceito de “direito”:

Na dogmática moderna distingue-se *interesse de direito*, pelos fins a que se destinam as normas jurídicas. Conforme o esclarecimento de A. Von Thur, há disposições normativas que disciplinam a coexistência social para atribuir a cada indivíduo uma esfera de poder sujeita à sua vontade, e preceitos legais que estatuem deveres cuja observância é de interesse geral, pelo que é imposta e fiscalizada pelos órgãos do Estado. Quando os interesses do indivíduo se consuntem nas permitidas manifestações de sua vontade autônoma, apresentam-se como direitos. Se, no entanto, o interesse particular do indivíduo é tutelado pelo preciso estatuído no interesse geral, estará protegido de modo reflexo, mas não se caracteriza como um *direito*, porque o interessado não dispõe da faculdade de compelir quem o contraria a observar a norma, nem da faculdade de liberá-lo do seu dever. Enquanto das disposições que atribuem ao indivíduo uma esfera de poder derivam *direitos subjetivos*, das normas que estabelecem deveres a serem observados o interesse geral não nasce para o indivíduo direito, na acepção técnica do vocábulo. No entanto, seu *interesse* é protegido, porquanto o Estado pode exigir, de todos, obediência à norma que prescreve tais deveres.

Via de regra, a existência de *interesses juridicamente protegidos* que não são *direitos subjetivos* decorre de *normas de Direito Público*, como, por exemplo, as que regulam o trânsito, mas resulta, também, de fatos relativos ao *Direito Privado*, como nas situações em que o indivíduo não pode exigir que outrem pratique qualquer ato para satisfazer o seu interesse, o qual é protegido, não obstante, pelo ordenamento jurídico ao que lhe assegurar a prerrogativa de promover a anulação do ato contrário a seu interesse. (2010, p. 94).

Fica claro o entendimento de que, enquanto no *direito* há o poder, concedido pelo direito objetivo, de seu titular de, por si, plenamente exercitar o que almeja, ou de exigir ação ou omissão de outrem - aquele, direito potestativo; esse, subjetivo -, o *interesse juridicamente tutelado* advém de um benefício experimentado pelo interessado, benefício esse oriundo do cumprimento, por todos, de um dever geral de conduta, também imposto pelo direito objetivo, mas que não dá (o direito objetivo) *poder* ao interessado de exigir tal conduta - apenas buscar indenização, ou compensação, caso da violação desse dever surja um dano, material ou moral.

Percebe-se, então, que impossível para essa corrente ser a pessoa jurídica vítima de dano moral.

Importante salientar, ainda, a orientação de Moraes, no sentido de que a jurisprudência majoritária nacional, atualmente, não entende ser necessária a prova do sofrimento em si para a condenação do agente; basta a prova de condições de fato que sejam suficientes para fazer nascer, no julgador, uma presunção de dor psicológica experimentada pela vítima. Colhe-se do Superior Tribunal de Justiça: “[...] como assentado na jurisprudência não é necessário provar o prejuízo [...], mas, apenas, a existência do fato capaz de gerar constrangimento, sofrimento, perturbação psíquica.”(REsp 233.597, 3ª Turma, Rel. Min. Menezes Direito, j. 15/9/2000, publ. 30/10/2000).

### **1.2.3) Danos morais objetivos e subjetivos**

O último dos principais conceitos do instituto jurídico defendidos no país, aponta Bodin de Moraes, é corrente que, segundo a própria autora, seria espécie de conjugação das duas anteriormente apresentadas. Separa o dano moral em suas modalidades objetiva e subjetiva. Refeririam-se à primeira os direitos da personalidade, quando violados. A última seria propriamente a dor, psicológica ou física, ainda que proveniente de violação a direito subjetivo patrimonial (2003, p. 157).

Cita a doutrina de Yussef Sahid Cahali:

“Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.”(CAHALI, 1998, p. 20-21, *apud* MORAES, 2003, p. 157).

Finalizando seu apanhado, afirma Moraes ser essa última a posição a mais aceita doutrinária e jurisprudencialmente no Brasil:

“Assim, no momento atual, doutrina e jurisprudência dominantes têm como adquirido que o dano moral é aquele que, independentemente de prejuízo material, fere direitos personalíssimos, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre outros. O dano é ainda considerado moral quando os efeitos da ação, embora não repercutam na órbita de seu patrimônio material, originam angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima, trazendo-lhe sensações e emoções negativas. Neste último caso, diz-se necessário, outrossim, que o constrangimento, a tristeza, a humilhação, sejam intensos a ponto de poderem facilmente distinguir-se dos aborrecimentos e dissabores do dia-a-dia, situações comuns a que todos se sujeitam, como aspectos normais da vida cotidiana.” (MORAES, 2003, p. 157).

#### **1.2.4) Dano moral como ofensa à dignidade da pessoa humana**

Além de sistematizar as principais correntes doutrinárias a conceituarem dano moral, Maria Celina Bodin de Moraes traz sua própria e valiosa contribuição ao debate, desenvolvendo a tese que diz ser o dano moral uma ofensa à dignidade da

pessoa humana; princípio, esse, previsto na Constituição Federal em seu primeiro artigo, inciso III:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana; [...]

Por ser conceito bastante amplo, a dignidade da pessoa humana carece de elaboração, e a autora trabalha sob quatro óticas complementares: igualdade, liberdade, integridade psicofísica e solidariedade. Tais subprincípios seriam derivados por Moraes da concepção de dignidade humana adotada por Kant - segundo ela, é a ordem moral por trás do princípio positivado na Constituição brasileira -, que norteia o estudo da autora, como se denota:

O respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento do imperativo categórico kantiano, de ordem moral, tornou-se um comando jurídico no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988 (...).

[...]

Com efeito, da mesma forma que Kant estabelecera para a ordem moral, é na dignidade humana que a ordem jurídica (democrática) se apóia e se constitui.

[...]

Para que se extraiam as consequências jurídicas pertinentes, cumpre retornar por um instante aos postulados filosóficos que, a partir da construção kantiana, nortearam o conceito de dignidade como valor intrínseco às pessoas humanas. (...) se a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais, dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza (...), será “desumano”, isto é, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto.

O substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em

relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral - psicofísica -, da liberdade e da solidariedade. (2003, p. 80-85).

Adianta-se, por outro lado, que o sofrimento não faz parte dos requisitos elencados pela autora para a concretização do dano moral - ela o considera como consequência, e não o dano em si:

Além disso, ao definir o dano moral por meio da noção de sentimento humano, isto é, utilizando-se dos termos “dor”, “espanto”, “emoção”, “vergonha”, “aflição espiritual”, “desgosto”, “injúria física ou moral”, em geral qualquer sensação dolorosa experimentada pela pessoa, confunde-se o dano com a sua eventual consequência. Se a violação à situação jurídica subjetiva extrapatrimonial acarreta, ou não, um sentimento ruim, não é coisa que o Direito possa ou deva averiguar. O que o ordenamento jurídico pode (e deve) fazer é concretizar, ou densificar, a cláusula de proteção humana, não admitindo que violações à igualdade, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade (social e familiar) permaneçam irressarcidas. (2003, p. 129).

Aprofundando-se no estudo dos subprincípios que, juntos, compõe, para a autora, o princípio da dignidade, inicia-se com o da igualdade. A dignidade seria através dela violada quando não se respeitasse a igualdade aristotélica, ou seja, quando se conformasse com tratamentos desiguais concedidos a iguais pessoas; ou se tratassem igualmente indivíduos claramente diferentes. Afirma a autora ser a prática de tratamentos discriminatórios “a forma de violação por excelência do direito à igualdade, ensejadora de dano moral”, traduzida como “proceder a diferenciações sem fundamentação jurídica (*ratio*), sejam elas baseadas em sexo, raça, credo, orientação sexual, nacionalidade, classe social, idade, doença, dentre outras” (2003, p. 86-93).

Sob a perspectiva da integridade psico-física, violaria-se a dignidade cometendo-se atentado à saúde física (danos corporais) ou psíquica do ser humano. Como exemplo de danos psíquicos, traz a autora “os danos causados à imagem, à honra e à privacidade”, além da “perda de ente querido, o assédio sexual, o assédio

moral, a morte de um animal de estimação, o diagnóstico errôneo etc.” (2003, p. 93-102)

A vertente da liberdade, segundo Moraes, está diretamente ligada à noção de privacidade, intimidade, exercício da vida privada, somadas à capacidade de realizar-se as próprias escolhas. Salienta a autora, contudo, que o direito de liberdade deve ser sopesado com o dever de solidariedade social. Exemplificativamente, em suas palavras, causa-se dano moral por violação da liberdade quando há “a revista íntima do empregado, o exame toxicológico determinado pelo empregador [...], a incapacidade de controle acerca dos próprios dados pessoais, o rigor excessivo no exercício da autoridade parental, a restrição à manifestação de pensamento e de crítica, a prisão ilegal e outras circunstâncias que, embora presentes no Direito Civil, têm sido mais tuteladas pelo Direito Penal, tais como o cárcere privado, a violência sexual - dentro ou fora do casamento -, a falsa denúncia” (2003, p. 102-108).

A dignidade vista à luz da solidariedade social, por fim, implica a percepção racional dos interesses em comum dos indivíduos em sociedade, fazendo nascer uma obrigação moral de não fazer ao próximo o que não se quer para si. Resulta, ainda, numa meta concreta de desenvolvimento de uma sociedade livre e justa, sem marginalização, que deve ser atingida pelo fornecimento a todos os indivíduos de instrumentos voltados a garantirem-nos uma existência digna. Nessa perspectiva, há dano moral quando, ainda em exemplos da autora, causam-se lesões que tenham no grupo a sua ocasião de realização: “danos sofridos no âmbito familiar nas mais diversas medidas [...], danos causados aos sócios minoritários ou até excluídos de companhias, algumas das espécie de danos sofridos pelos chamados ‘grandes traumatizados’, como as crianças e os idosos, o descumprimento dos deveres fundados na boa-fé”, além dos danos causados aos consumidores e ao meio ambiente (2003, p. 108-117).

Há, ainda, um requisito acrescentado por Moraes para a configuração do dano moral: a injustiça do dano. Conforme a autora:



Modernamente, contudo, buscou-se desvincular a ideia de injustiça da ideia de antijuricidade, procurando critérios mais amplos, que englobassem também “interesses que são dignos da tutela jurídica e que, por isso, quando são lesionados, façam nascer ações indenizatórias” para reparar os prejuízos sofridos.

Nessa ótica, vários critérios foram propostos: [...] Para Guido ALPA, seria indenizável o dano relevante, segundo uma ponderação dos interesses em jogo à luz dos princípios constitucionais (BIANCA, 1994, p. 585, *apud* MORAES, 2003, p. 179).

A conceituação mais consistente, tudo indica, está nesta última consideração. O dano será injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida. (MORAES, 2003, p. 179).

Quanto à possibilidade da pessoa jurídica sofrer dano moral, a autora é categórica, atestando-a incongruente com sua tese de dano moral como tutela da dignidade da pessoa humana – justamente por tratar-se de pessoa *jurídica*, não protegida por esse princípio constitucional, segundo Moraes. Aponta, ainda, o desencaixe de jurisprudência e doutrina nacional que, ao mesmo tempo, dizem ser dano moral a dor psicológica e o admitem à pessoa jurídica:

Consequência, ainda, do exposto é que o dano às pessoas jurídicas não poderá ser concebido na mesma medida que o dano às pessoas físicas, já que a tutela da dignidade da dignidade constitucional somente protege as pessoas humanas. [...] Há inúmeras vantagens em se diferenciar, no âmbito da responsabilidade civil, a pessoa jurídica da pessoa humana, especialmente no que tange à especialíssima tutela de que esta última é credora.

A propósito, não se pode deixar de assinalar a enorme incongruência da jurisprudência nacional, seguida pela doutrina majoritária, no sentido, de um lado, de insistir que o dano moral deve ser definido como dor, vexame, tristeza e humilhação e, de outro lado, de defender a ideia de que as pessoas jurídicas são passíveis de sofrer dano moral. (2003, p. 191).

A autora chega a considerar plausível a hipótese de pessoas jurídicas sofrerem danos não patrimoniais – “quando, por exemplo, a instituição não visar lucro ou quando estiver sendo atacada em aspectos não-avaliáveis, direta e imediatamente,

em dinheiro; mas se tratará, talvez, de um “dano institucional”. Mas afirma que esse “dano institucional” não seria dano moral, dele se distinguindo “em razão da necessidade de uma comprovação potencial do prejuízo, não se podendo aplicar a tese *in re ipsa*.” (2003, p. 191).

### **1.3) Dano moral na jurisprudência brasileira**

Dando-se seguimento à meta de apresentarem-se os principais conceitos de dano moral no Brasil, é necessária a análise da jurisprudência pátria. É a jurisprudência que, em última instância, integra, com autoridade constitucionalmente atribuída, o Direito; utilizando-se, para tanto, da lei e dos estudos doutrinários - em que pese saber-se, modernamente, ser este um ciclo contínuo e ininterrupto, de integração e interpretação do Direito, realizado por todos os profissionais da área.

Sendo assim, são descritos trechos de jurisprudência recentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito especificamente ao conceito de dano moral adotado para a resolução de cada caso.

#### **1.3.1) Julgados do Supremo Tribunal Federal**

I

Ementa: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: CABIMENTO. INDENIZAÇÃO: DANO MORAL. I. - **O dano moral indenizável é o que atinge a esfera legítima de afeição da vítima, que agride seus valores, que humilha, que causa dor.** A perda de uma frásqueira contendo objetos pessoais, geralmente objetos de maquiagem da mulher, não obstante desagradável, não produz dano moral indenizável. II. - Agravo não provido.

(RE 387014 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 08/06/2004, DJ 25-06-2004 PP-00057 EMENT VOL-02157-05 PP-00968) (Grigado).

## II

Ementa: Recurso Extraordinário. 2. Indeferimento de pedido de registro de matrícula pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), ante a ausência de requisito exigido para tal ato. 3. Responsabilidade civil do Estado. Indenização. 4. Dano material. Ausência de elementos seguros para configuração do nexo de causalidade. 5. Dano moral. Inexistência do nexo de causalidade entre o ato do agente público - negativa de matrícula - e o abalo psíquico supostamente suportado pela recorrente. 6. O indeferimento do pedido de matrícula não implica, como decorrência natural, a contratação de empréstimo junto à Caixa Econômica para custear os estudos em instituição de ensino superior privada. 7. Recurso Extraordinário a que se nega provimento.

Voto:

O dano moral, a partir da Constituição de 1988, adquiriu status constitucional: C.F., art. 5º, X. **A sua concretização dá-se quando a pessoa tem ofendido, por ato de terceiro, o seu decoro, a sua auto-estima, causando-lhe referido ato desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando, em princípio, o tamanho desse constrangimento, desse aborrecimento ou desse desconforto. Desde que isso ocorra, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição, art. 5º, X.**

É que, do ato que causa constrangimento, resulta aborrecimento ou desconforto, sofrimento para a pessoa. Esse sofrimento é que precisa ser reparado. (RE 364631, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 29/08/2006, DJe-126 DIVULG 18-10-2007 PUBLIC 19-10-2007 DJ 19-10-2007 PP-00087 EMENT VOL-02294-03 PP-00505 RTJ VOL-00203-03 PP-01242) (Grifado).

## III

Ementa: **Liberdade de expressão limitada pelos direitos à honra, à intimidade e à imagem, cuja violação gera dano moral.** Pessoas públicas. Sujeição a críticas no desempenho das funções. Limites. Fixação do dano moral. Grau de reprovabilidade da conduta. [...] Embora seja livre a manifestação do pensamento, tal direito não é absoluto. Ao contrário, encontra limites em outros

direitos também essenciais para a concretização da dignidade da pessoa humana: a honra, a intimidade, a privacidade e o direito à imagem. 3. As pessoas públicas estão sujeitas a críticas no desempenho de suas funções. Todavia, essas não podem ser infundadas e devem observar determinados limites. Se as acusações destinadas são graves e não são apresentadas provas de sua veracidade, configurado está o dano moral. 4. A fixação do quantum indenizatório deve observar o grau de reprovabilidade da conduta. 5. A conduta do réu, embora reprovável, destinou-se a pessoa pública, que está sujeita a críticas relacionadas com a sua função, o que atenua o grau de reprovabilidade da conduta. 6. A extensão do dano é média, pois apesar de haver publicações das acusações feitas pelo réu, foi igualmente publicada, e com destaque (capa do jornal), matéria que inocenta o autor, o que minimizou o impacto das ofensas perante a sociedade.. 10. Agravo retido e apelações não providos.

Voto:

**O dano moral decorre de uma violação da honra, objetivamente considerada, daí porque é desnecessária a prova da dor, do sofrimento, até por serem impossíveis de se comprovar.**

A prova deve ser feita em relação aos fatos, sendo que, a partir deles, se examina a ocorrência ou não do dano moral, e o autor juntou inúmeros documentos que evidenciam os acontecimentos narrados na inicial, que se fez acompanhar das partes dos jornais em que publicadas as ofensas, sendo dispensável a juntada integral dos jornais, como pretende o réu. (AO 1390, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2011, DJe-166 DIVULG 29-08-2011 PUBLIC 30-08-2011 EMENT VOL-02576-01 PP-00017 RDDP n. 104, 2011, p. 144-150) (Grifado).

**IV** Ementa: - Recurso extraordinário inadmitido. 2. Dano moral. Pessoa Jurídica. Protesto indevido de título cambial pelo Banco agravante. 3. Aspectos de fato amplamente analisados pelo acórdão local, inclusive no que concerne às circunstâncias em que se fez o protesto. Reexame de fatos e provas da causa. Inviabilidade. Súmula 279. 4. Agravo regimental desprovido. (AI 244072 AgR,

Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 02/04/2002, DJ 17-05-2002 PP-00070 EMENT VOL-02069-03 PP-00568)

O acórdão bem anotou que o direito à honra é traduzido por uma série de expressões compreendidas como princípio de dignidade, o bom nome, a fama, o prestígio, a reputação, a estima, o decoro, a consideração, o respeito, a pontualidade, a servidade. É inegável que pessoa jurídica pode sofrer ofensa ao seu bom nome, fama, prestígio e reputação. Noutro passo, o aresto, em ponto também acolhido no despacho agravado observa: “Induvidosas as consequências nefastas geradas a uma empresa pelo protesto de um título, porque torna pública a impontualidade de uma obrigação, a comprometer a sua idoneidade financeira e a macular sua reputação (...)”. **Não se há de considerar, portanto, que o art. 5º, V e X, da CF, este no que concerne ao direito à imagem, não sejam invocáveis, em favor de pessoa jurídica, para a reparação por dano moral dentro da visão ampla atribuível ao conceito de honra,** no âmbito das disposições constitucionais referidas e acima especificadas na dicção do acórdão recorrido.

### **1.3.2) Superior Tribunal de Justiça**

#### **a)**

Ementa: DIREITO À IMAGEM. MODELO PROFISSIONAL. UTILIZAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO. DANO MORAL. CABIMENTO. PROVA. DESNECESSIDADE. QUANTUM. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. EMBARGOS PROVIDOS.

I - O direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia.

II - Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da

prova da existência de prejuízo ou dano, nem a consequência do uso, se ofensivo ou não.

III - O direito à imagem qualifica-se como direito de personalidade, extrapatrimonial, de caráter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada. [...]

Voto:

Alegou-se a inexistência de prejuízo, indispensável para o reconhecimento da responsabilidade civil das demandadas. **Ocorre que o prejuízo está na própria violação, na utilização do bem que integra o patrimônio jurídico personalíssimo do titular. Só aí já está o dano moral.**

[...]

**Aduza-se que o dano moral, tido como lesão à personalidade, à honra da pessoa, mostra-se às vezes de difícil constatação, por atingir os seus reflexos parte muito íntima do indivíduo - seu interior.** Foi visando, então, a uma ampla reparação que o sistema jurídico chegou à conclusão que o uso indevido da imagem, por si só, gera direito à indenização por dano moral, sendo dispensável a prova do prejuízo para caracterização do dano moral. (REsp 230.268/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/12/2002, DJ 04/08/2003, p. 216)

**b)**

Ementa: “TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NATUREZA DA VERBA. ACRÉSCIMO PATRIMONIAL. NÃO-INCIDÊNCIA. PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL. PRECEDENTES DO STJ.

Voto:

Inicialmente, convém verificar o conceito de dano moral.

**De acordo com a jurisprudência desta Corte, dano moral é "tido como lesão à personalidade, ao âmago e à honra da pessoa"** (REsp 85019/RJ, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 10.03.1998,

DJ 18.12.1998).” (RECURSO ESPECIAL Nº 963.387 - RS (2007/0146386-5, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção. j. 08/10/2008) (Grifado).

c)

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS A PESCADORES CAUSADOS POR POLUIÇÃO AMBIENTAL POR VAZAMENTO DE NAFTA, EM DECORRÊNCIA DE COLISÃO DO NAVIO N-T NORMA NO PORTO DE PARANAGUÁ [...] d) DANOS MORAL E MATERIAL CARACTERIZADOS; e) JUROS MORATÓRIOS: INCIDÊNCIA A PARTIR DA DATA DO EVENTO DANOSO -SÚMULA 54/STJ; f) SUCUMBÊNCIA. 3) IMPROVIMENTO DO RECURSO, COM OBSERVAÇÃO. [...] **d) Configuração de dano moral.- Patente o sofrimento intenso de pescador profissional artesanal, causado pela privação das condições de trabalho, em consequência do dano ambiental, é também devida a indenização por dano moral**, fixada, por equidade, em valor equivalente a um salário-mínimo. [...] 3.- Recurso Especial improvido [...] (STJ, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 08/02/2012, S2 - SEGUNDA SEÇÃO) (Grifado).

d) STJ Súmula nº 227 - 08/09/1999 - DJ 20.10.1999

Pessoa Jurídica - Dano Moral

**A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.**

### 1.3.3) Análise da adequação dos julgados aos conceitos doutrinários

Da leitura das decisões apresentadas nasce, primeiramente, a percepção de que ainda não definiu-se, em ambos os órgãos julgadores, conceito único a ser utilizado nas decisões.

No STF, por exemplo, viu-se nas duas primeiras decisões uma aparente preferência pela tese do sofrimento decorrente de lesão a direito, não havendo menção à necessidade de desrespeito a direito personalíssimo. Já a terceira, ao inverso, diz ser

a dor impossível de ser aferida, jazendo o dano moral na lesão a direitos personalíssimos.

Já na primeira decisão do Superior Tribunal de Justiça, percebe-se também a violação de direito personalíssimo como o próprio dano moral. A segunda parece aceitar tanto a violação a direito da personalidade quanto dor íntima do indivíduo e o último julgado faz menção apenas ao sofrimento.

Existente ainda, por vezes, a dificuldade de aferir-se mesmo numa única decisão qual o critério utilizado. Ao definir-se o dano moral como “lesão à personalidade, ao âmago e à honra da pessoa” (segunda decisão citada do STJ), por exemplo, estar-se-ia aceitando a tese da existência do dano moral objetivo - “lesão à personalidade” - e subjetivo - “âmago” e “honra” (subjetivamente considerada) -?

De qualquer modo, há unanimidade, em ambas as casas julgadoras, pelo menos no reconhecimento da pessoa jurídica como possível vítima de dano moral. Esse reconhecimento corrobora, como já visto, com as correntes do dano moral como violação a direito personalíssimo e dos danos morais objetivo e subjetivo.

Pela análise dessas e outras decisões jurisprudenciais brasileiras, não só dos Tribunais Superiores, como dos demais órgãos decisórios federais e estaduais, parece acertada a já citada afirmação de Maria Celina Bodin de Moraes, segundo a qual tanto a violação a direito personalíssimo objetivamente considerada (dano moral objetivo) quando o próprio sofrimento físico ou psíquico (dano moral subjetivo) são aceitos majoritariamente pela jurisprudência pátria como espécies de dano moral.



## 2) CADASTRO POSITIVO

Este capítulo é voltado à descrição da atividade, do modo de cadastramento de dados de cidadãos conhecido como “cadastro positivo”, à luz da Lei 12.414/2011 - Lei do Cadastro Positivo, e do Código de Defesa do Consumidor. Passar-se-á pelos motivos econômicos de sua existência e pelas diferenciações “banco de dados x cadastro”- a expressão “Cadastro Positivo”, adianta-se, designa, na verdade, um tipo de banco de dados, e não propriamente um cadastro - e “cadastros positivo x negativo”; chegando-se, por fim, à demonstração da ilegalidade do cadastramento de um indivíduo, nessa modalidade, sem seu prévio conhecimento e autorização, sob a ótica da Lei do Cadastro Positivo. Nesse esforço, utilizar-se-á principalmente a obra de Leonardo Roscoe Bessa, intitulada “Cadastro Positivo - Comentários à Lei n. 12.414/2011” (RT, São Paulo, 2011).

### **2.1) Histórico e motivos de existência**

Afirma BESSA (2011, p. 38-39) que não é nova a tendência de ampliação das informações ministradas pelos bancos de dados, visando a um melhor amparo do sistema de crédito. Partiu-se, apenas, de informações pontuais de inadimplência específica de uma determinada dívida, para amplos dados pessoais e referentes ao histórico de relações comerciais e creditícias do cadastrado.

Isso se daria com vista à diminuição da assimetria de informações existente entre o fornecedor de crédito e seu tomador - percebida a expressão *crédito*, aqui, em sentido amplo, referindo-se não apenas a contratos de mútuo e financiamento, mas também, por exemplo, a contratos empresariais que importam em adimplemento diferido no tempo para uma das partes, tornando-se a outra, por consequência, sua credora. Reduziria-se assim, o *spread* bancário - traduzido, em linhas simples, como o repasse, pelo fornecedor de crédito, dos custos de seu fornecimento ligados ao risco de inadimplência de um tomador de crédito para todos os demais tomadores, em outros negócios -, quando em contratos de mútuo e financiamento; também possibilitando-se um maior conhecimento das partes

envolvidas em relações empresariais, especialmente aquelas, como já dito, que importam em postergado no tempo- que, na atual fase do sistema econômico nacional, representam montante majoritário das transações realizadas entre empresas.

Do ponto de vista legislativo, segundo o autor (p. 39), desde a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, iniciaram-se tratativas e apresentações de projetos de lei objetivando uma regulação desse novo cenário, de cadastro de informações para além daquelas de inadimplência. Tais intenções culminaram com a edição da Medida Provisória n. 518/2010, que, aprovada por ambas as casas legislativas federais, foi convertida em lei e sancionada em 9/6/2011 pela Presidente da República, com vigência imediata, transformando-se assim na, como ficou conhecida, Lei do “Cadastro Positivo”.

O objetivo da lei - segundo a Mensagem Ministerial n. 171, de 19/11/2010, firmada conjuntamente pelos Ministérios da Justiça e da Fazenda e adotada como razões da Medida Provisória n. 518 - seria “dotar o País de um arcabouço legal que incentive a troca de informações pertinentes ao crédito e transações comerciais, reduzindo o problema da assimetria de informações, proporcionando uma redução das taxas de juros cobradas em empréstimos e a aplicação nas relações comerciais, favorecendo principalmente os indivíduos e as empresas que apresentem um bom histórico de crédito”.

Com maior fundamento, colhe-se da referida Mensagem Ministerial:

“2. Inicialmente, deve-se destacar que a formação do histórico de crédito de pessoas naturais e jurídicas permite o recebimento e o manuseio pelos bancos de dados não somente de informações de inadimplemento, hoje já permitido e disciplinado pelo Código de Defesa do Consumidor, mas também de adimplemento (informações “positivas”), que não apresentava um marco legal claro para sua utilização. Com a coleta e disseminação de informações sobre adimplemento, as pessoas poderão se beneficiar do registro de pagamentos em dia de suas obrigações, de modo a permitir a construção de seu histórico de crédito. Dessa forma, o mercado de crédito e de varejo poderá diferenciar de forma mais eficiente os bons e os maus pagadores, com a consequente redução do risco de crédito por

operação, que permitirá a redução dos custos vinculados à expansão do crédito de uma forma geral.

3. Importa destacar, que a criação do histórico de crédito será particularmente benéfica para os bons pagadores de baixa renda, que em geral são percebidos pelo mercado como de alto risco, e, por isso, pagam as mais altas taxas de juros”.

Sumarizando os benefícios, tanto para fornecedores como para tomadores de crédito, desse sistema abrangente de cadastro de informações, faz referência o autor ao trabalho de Túlio Japelli e Marco Pagano. Estes ressaltam, primeiramente, que “quanto mais informações melhor é a análise dos riscos de concessão de crédito (*more is better*)”; destacando quatro principais vantagens:

- (1) melhora da avaliação dos riscos de eventual inadimplência do tomador do empréstimo;
- (2) possibilidade de se estabelecer uma taxa de juros menor para o consumidor com um bom histórico creditício;
- (3) constituição de ‘dispositivo’ de disciplina do consumidor;
- (4) educação do comportamento do consumidor, evitando situações de superendividamento (PAGANO; JAPELLI, 2003, p. 12-18, *apud* BESSA, 2011, p. 43)

A essas Bessa acrescenta ainda:

“maior acesso do crédito a classes de baixa renda, redução do inadimplemento, [...] aumento de competição entre as instituições financeiras, encorajamento para entrada de novos competidores no mercado, tornar possível a realização de seguros para recebimentos de créditos do consumidor” (p. 43).

## **2.2) O que é e o que não é cadastro positivo**

Explicitadas as razões historico-econômicas do surgimento do “cadastro positivo” e de sua regulamentação em nosso ordenamento, necessária a distinção entre os termos “banco de dados” e “cadastro” - utilizados no Código de Defesa do Consumidor (art. 43) -, bem como entre “cadastro negativo” e “cadastro positivo”.

### **2.2.1) Nomenclatura da Lei 12.414/2011**

A Lei do Cadastro Positivo traz, em seu art. 2º, importante esclarecimento dos termos que são utilizados no decorrer de seu texto. Tal aclaração é pertinente, além de para fins de interpretação da própria lei, também com o viés de entender-se o funcionamento, na prática, de como funciona a criação e manutenção de cadastro ou banco de dados.

Dispõe o art. 2º:

Art. 2º-Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - banco de dados: conjunto de dados relativo a pessoa natural ou jurídica armazenados com a finalidade de subsidiar a concessão de crédito, a realização de venda a prazo ou de outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro;

II - gestor: pessoa jurídica responsável pela administração de banco de dados, bem como pela coleta, armazenamento, análise e acesso de terceiros aos dados armazenados;

III - cadastrado: pessoa natural ou jurídica que tenha autorizado inclusão de suas informações no banco de dados;

IV - fonte: pessoa natural ou jurídica que conceda crédito ou realize venda a prazo ou outras transações comerciais e empresariais que lhe impliquem risco financeiro;

V - consulente: pessoa natural ou jurídica que acesse informações em bancos de dados para qualquer finalidade permitida por esta Lei;

VI - anotação: ação ou efeito de anotar, assinalar, averbar, incluir, inscrever ou registrar informação relativa ao histórico de crédito em banco de dados; e

VII - histórico de crédito: conjunto de dados financeiros e de pagamentos relativos às operações de crédito e obrigações de pagamento adimplidas ou em andamento por pessoa natural ou jurídica.

O artigo é auto-explicativo. Para fins didáticos, recorre-se a um exemplo prático da feitura de um registro, que utilize os termos supra-transcritos:

Determinada pessoa abre crediário em loja de departamento que comercializa roupas. O preposto da loja oferece a possibilidade de que o registro de pagamento das compras a prazo feitas pelo consumidor seja guardado num histórico da própria loja. O objetivo é diminuir-se as taxas de juros das compras, ou oferecerem-se outras vantagens de pagamento, a medida que o consumidor vá pagando suas prestações em dia. Autorizada a manutenção de tal registro, torna-se o consumidor, nos termos do artigo transcrito, *cadastrado*; e a loja, *gestora* desse conjunto de informações de pagamentos do consumidor, conjunto esse chamado *histórico de crédito*. Cada nova informação de adimplência de prestação acrescida a esse registro denomina-se *anotação*.

Pois bem. A mesma loja de departamento oferece outra oportunidade ao consumidor: a remessa de seu histórico de crédito a uma empresa cuja finalidade seja apenas a manutenção e disponibilização desses dados ao mercado. A vantagem para o consumidor seria um aumento na probabilidade de conseguir crédito ou financiamento perante qualquer outra empresa que acesse esses dados, assim como uma diminuição na taxa de juros dessa futura operação. Aceitando o consumidor, a loja de departamento torna-se *fonte* para esse novo *banco de dados*, que será mantido pela outra empresa, *gestora* do banco. Completando-se o círculo, caso vá esse consumidor a um banco, afim de contrair empréstimo, e essa instituição acesse o banco de dados, para analisar o histórico de crédito do consumidor, é esse banco, segundo a lei, *consulente*.

Essa é a denominação utilizada pela Lei do Cadastro Positivo. No entanto, o Código de Defesa do Consumidor acrescenta ao tema, ainda, a expressão *cadastro* - expressão, essa, diferenciada de “banco de dados” por doutrinadores dedicados ao assunto. Tal diferenciação, e o equívoco na expressão “cadastro positivo”, serão à frente elucidados.

### **2.2.2) “Banco de dados X Cadastro**

O Código de Defesa do Consumidor - principal lei reguladora da atividade de cadastramento e proteção ao crédito, até o advento da Lei n. 12.414/2011 -

disciplina, em seu Capítulo V, Seção VI, os “Bancos de dados e cadastros de consumidores”. Faz, em seguida, nova menção aos termos no art. 43, *caput* e parágrafos, sem, no entanto, diferenciá-los; tarefa essa que coube à doutrina.

No intuito de separar conceitualmente as duas entidades, cita primeiramente Bessa a lição de Antonio Herman Benjamin (2007, p. 431, *apud* BESSA, p. 26). Este, a seu turno, inicia a divisão atestando que “a expressão arquivo de consumo é gênero do qual fazem parte duas grandes famílias de registros: os *bancos de dados* e os *cadastros de consumidores*.” Apontando suas semelhanças, Antonio Benjamin esclarece que ambos os tipos de registros coletam e armazenam informações de terceiros para utilização em operações de consumo. No que diz respeito às suas características diferenciadoras, o autor aponta três: *aleatoriedade (ou não) da coleta de dados, perenidade do registro e possibilidade de transmissão das informações*.

Quanto à aleatoriedade da coleta, esta é característica dos bancos de dados. Nos cadastros, os registrados “tendem a ser bem delimitados, isto é, normalmente associados a um grupo pequeno de consumidores, efetivos ou potenciais”. Isso porque “o universo subjetivo que move o arquivista coincide com aquele da sua própria atuação empresarial (arquivista e fornecedor não são agentes econômicos diversos, confundindo-se na mesma pessoa). Sendo assim, nos cadastros “é comum, uma vez que o consumidor deixe de transacionar com a empresa, a exclusão de seu nome do cadastro mantido”.

Em relação à perenidade da manutenção das informações do registrado, nos bancos de dados, justamente por ser essa sua atividade empresarial, as informações dos registrados tendem a ficar armazenados até o período máximo legal - cinco anos, para informações de inadimplência (art. 43, pgfo. 1º, CDC), e quinze anos para os demais dados, “positivos” (art. 14, Lei do “Cadastro Positivo”). Já em relação aos cadastros, nesses “a permanência das informações é acessória, já que o registro não é um fim em si mesmo, estando a manutenção dos dados vinculada ao interesse comercial atual ou futuro, mas sempre direto e particularizado, do arquivista em relação ao cliente cadastrado”.

Por fim, no que tange à transmissibilidade das informações, os cadastros são orientados pela “transmissibilidade intrínseca ou interna, circulando e beneficiando somente ou preponderantemente o arquivista, que [...] não é um terceiro, mas o fornecedor mesmo, sujeito direto da relação jurídica de consumo”. Os bancos de dados, ao contrário, transmitem (comercializam) as informações de seus registros a terceiros interessados, daonde auferem sua renda.

Com base nisso, Leonardo Bessa sumariza a diferenciação:

“De modo simplificado, a distinção entre bancos de dados e cadastro de consumo se faz a partir da fonte e do destino da informação. Os bancos de dados, em regra, coletam informações do mercado para oferecê-las ao próprio mercado (fornecedores). No cadastro, a informação é obtida diretamente do consumidor para uso de um fornecedor específico, a exemplo do que ocorre em diversos estabelecimentos comerciais quando se solicitam dados pessoais (nome, endereço postal e eletrônico, telefone, data de aniversário, entre outros), independentemente de a compra ser à vista ou mediante crediário. No cadastro, objetiva-se estreitar o vínculo com alguns consumidores, intensificando a comunicação sobre ofertas, promoções e outras vantagens, de modo a fideliza-los a uma marca ou estabelecimento.

[...]

Nos bancos de dados, as informações, além de não serem obtidas do consumidor, não se destinam ao uso próprio da entidade arquivista. Os dados são coletados para posterior disseminação entre inúmeros fornecedores com vistas a alguma necessidade do mercado.” (2011, p. 27).

De tudo isso, percebe-se, como acentua Bessa, que “mais correto seria falar em ‘banco de dados com informações positivas’ e não ‘cadastro positivo’, expressão que foi abraçada pela mídia” (p. 28). No entanto, para os fins desse trabalho, utilizar-se-á “cadastro positivo”, expressão mais sucinta e já fixada tanto no meio popular quanto no jurídico.

Cabe, por fim, a menção de que, conforme o art. 43, pgfo. 4º, do CDC, “os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao

crédito e congêneres”, pelo conteúdo da informação de que tratam, “são considerados entidades de caráter público”.

### **2.2.3) Cadastro positivo e Cadastro negativo**

Estipulado que os bancos de dados, contendo informações positivas ou negativas, serão denominados “cadastros” no decorrer deste trabalho, passa-se à diferenciação entre os cadastros que contenham dados exclusivamente referentes à inadimplência de dívidas determinadas do cadastrado - popularmente conhecido como cadastro “negativo” - e aqueles prioritariamente disciplinados pela Lei 12.414/2011, contenedores das demais informações da pessoa cadastrada, relativas a seu histórico de negócios, e que apresentam, pelo menos a princípio, uma boa imagem do registrado - os cadastros “positivos”.

A importância da diferenciação é clara, tanto de um ponto de vista jurídico quanto de um eminentemente prático. Para a Ciência do Direito, implica em realizar-se o corte metodológico necessário à correta análise do objeto de estudo, além de saber-se qual lei terá preponderância de disciplina sobre o assunto: o Código de Defesa do Consumidor, se tratar-se do cadastro negativo; ou a Lei do Cadastro Positivo, quando em pauta o cadastro positivo. De um ponto de vista pragmático, a informação cadastral implicará necessariamente num juízo de valor, por parte do tomador do crédito que consulta o banco de dados - seja ele um mutuante, ou simplesmente alguém que negocia com o cadastrado -; juízo, esse, que chegará, com maior probabilidade, a uma boa conclusão a respeito do registrado, tratando-se de cadastro positivo, e a uma má, quando o cadastro for de inadimplência. Diz-se com “maior probabilidade” porque, como se verá com maior destaque em sequência, muitas vezes pode o consulente do cadastro inferir, por exemplo, uma boa imagem do cadastrado a partir do cadastro negativo, sendo o contrário também verdadeiro.

Bessa inicia essa distinção esclarecendo que, a princípio, não existem informações negativas ou positivas. Dados são neutros. O que as pessoas fazem com



os dados, as consequências da ciência de determinada informação a respeito do outro contratante, os juízos de valor decorrentes dessa ciência - esses variam. Ou seja: “é a forma de tratamento da informação - e não o dado em si - que, invariavelmente, apresenta significados (positivos ou negativos) para as pessoas” (2011, p. 37).

Prova disso é a possibilidade de ter-se crédito negado em decorrência de uma informação teoricamente positiva (de adimplência), quando, por exemplo do autor, “se conclui [...] que determinado consumidor, apesar de não haver atrasado nenhum pagamento dos seus cinco contratos de empréstimo, não detém mais condições financeiras de suportar um sexto contrato” (p. 38). E, em exemplo contrário - embora, segundo Bessa, mais raro -, quando concede-se crédito, ou vende-se a prazo, para pessoa registrada em cadastro de inadimplência, considerando-se o valor irrisório da dívida, ou a existência de apenas um registro de falta de pagamento.

Sendo assim, pode-se delinear o maior norte para este trabalho de diferenciação: o *acesso ao crédito* (em sentido lato, como já delineado) - excetuando-se as hipóteses de superendividamento, quando o crédito em demasia torna-se prejudicial a quem o almeja - é algo positivo para o cadastrado; sendo negativa, em consequência, a sua recusa. Essa é a visão, segundo o autor, apontada pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 43, pgfos. 1º e 5º, ao estabelecer prazo máximo de cinco anos (pgfo. 1º) para *quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores* (pgfo. 5º).

O acesso ao crédito, portanto, é princípio, premissa a partir da qual analisa-se qual *carga valorativa* provavelmente possuirá uma informação, quando analisada pelo consulente do registro. Partindo-se dessa premissa, e tendo-se em mente que a análise é de probabilidade - já que, como há pouco demonstrado, não é raríssimo uma negativa de crédito advinda da análise de informações de adimplência -, podem-se estabelecer parâmetros mais práticos e objetivos para a diferenciação dos cadastros positivo e negativo.

O cadastro negativo contém apenas informações referentes a dívidas vencidas e não pagas. Bessa traz as informações englobadas por essa limitação:

“nome da pessoa [cadastrada], CPF ou CNPJ, nome do credor, valor da dívida, data do vencimento.” Obviamente, por sua natureza, o cadastro negativo independe da autorização do cadastrado de ter seu nome registrado. Por outro lado, é obrigatória a sua comunicação do registro (art. 43, pgfo. 2º, CDC). Além disso, apesar de por vezes (dependendo da relação jurídica entre credor e devedor) não existir dever legal para tanto, é comum a prática de esperar-se o prazo de trinta dias para proceder-se ao registro.

O cadastro positivo, conforme o autor, deve ser entendido em contraste com o negativo. Significa dizer que ele contém “qualquer dado além das informações necessárias para identificar um débito vencido e não pago” (2011, p. 38). O decreto n. 7829/2012, que regulamenta alguns aspectos da Lei 12.414/2011, define o conceito de *histórico de crédito*:

Art. 2º O histórico de crédito do cadastrado é composto pelo conjunto de dados financeiros e de pagamentos relativos às operações de crédito e obrigações de pagamento, adimplidas ou em andamento, necessárias para avaliar o risco financeiro do cadastrado.

Art. 3º Para os fins deste Decreto, o conjunto de dados financeiros e de pagamentos é composto por:

I - data da concessão do crédito ou da assunção da obrigação de pagamento;

II - valor do crédito concedido ou da obrigação de pagamento assumida;

III - valores devidos das prestações ou obrigações, indicadas as datas de vencimento e de pagamento; e

IV - valores pagos, mesmo que parciais, das prestações ou obrigações, indicadas as datas de pagamento.

Além desses dados, Bessa traz alguns exemplos de dados registrados nesse tipo de cadastro:

informações concernentes a contratos e dívidas com pagamento regular (históricos de crédito), veículos registrados em nome da pessoa [cadastrada], relação contratual com companhias telefônicas e o

respectivo código de acesso (número telefónico), registros de passagem ou de consultas anteriores, entre outras (2011, p. 38).

No cadastro positivo, é necessária a autorização expressa e escrita do futuro cadastrado para a feitura do registro (art. 4o da Lei do Cadastro Positivo). No entanto, dada essa autorização, não é necessária sua comunicação quando realizada uma anotação registral. Por fim, justamente em decorrência da necessidade de autorização, o cadastro deve ser cancelado imediatamente se assim o solicitar o cadastrado.

### **2.3) Ilícitude do “cadastro positivo” não autorizado**

Passa-se à demonstração da ilegalidade do registro de pessoa, física ou jurídica, sem autorização do cadastrado ou responsável.

Nesse sentido, é claro o art. 4o da Lei n. 12.414/2011:

Art. 4º-A abertura de cadastro requer autorização prévia do potencial cadastrado mediante consentimento informado por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula apartada.

Como já explicitado, diferentemente do cadastro negativo, o cadastro positivo necessita da autorização do cadastrado para existir. A ideia, segundo Bessa, é que “o próprio potencial beneficiário da redução da taxa de juros que deve decidir, de modo livre e racional, sobre a formação cadastral do seu histórico de crédito” (2011, p. 100). Acertada a lei nesse ponto, afirma o autor, já que “considerou corretamente que o tratamento de informações positivas (histórico de crédito) é atividade potencialmente lesiva ao direito à privacidade no seu aspecto de proteção de dados pessoais” (p. 100), ainda que, teoricamente, trate-se de informações “positivas”. Isso porque são dados pessoais, relacionados a direitos personalíssimos do cadastrado.

Prossegue Bessa:

De fato, o tratamento sistemático de dados de consumidores para fins de análise e concessão de crédito, tanto por entidades privadas como por órgãos públicos ou pessoa jurídica de direito público, representa constante ameaça ao aspecto mais marcante da tutela jurídica da privacidade: a proteção de dados pessoais. De outro lado, a honra [objetiva], no sentido de consideração que a pessoa goza no meio social, é outro valor em constante tensão em face dos arquivos de consumo. Embora seja mais evidente tal ameaça em relação à divulgação de *informações negativas* - dívidas vencidas e não pagas -, o tratamento de *informações positivas*, na medida em que contribui para a definição de um perfil digital do consumidor - não necessariamente verdadeiro-, também é potencialmente ofensivo à honra do consumidor.

O *caput* fala em consentimento *informado*. Significa dizer que ao potencial cadastrado deve ser deixado claro qual o propósito do cadastramento, suas possíveis vantagens e quais informações, exatamente, estarão disponíveis.

Para especificar esse dever, o autor cita DONEDA (2006, p. 371), ao ressaltar que ao potencial registrado tem que ser esclarecido

“a quem o dado se destina, para qual finalidade será utilizado, por quanto tempo, quem terá acesso aos seus dados, se estes dados poderão ser transmitidos a terceiros, e mais tantos outros detalhes quanto sejam necessários em uma determinada situação para que o interessado possa formar sua convicção, livre e consciente, para realizar o ato de autodeterminação” (2011, p. 99).

Dessa maneira, segundo Bessa:

Alguns consumidores, por não acreditarem na promessa de juros mais baixos, simplesmente não irão consentir com o tratamento dos seus dados concernentes a adimplemento das dívidas. Outros, ao contrário, ao considerarem esta possibilidade, julgando-a relevante, vão concordar que informações relativas aos seus empréstimos circulem entre os fornecedores e entidades de proteção ao crédito. Em síntese, num ambiente propício de informação adequada, o consumidor deve ter o pleno direito de

escolha para decidir o que lhe é mais conveniente e adequado. (p. 99-100).

Percebe-se da leitura do artigo em questão que o consentimento será necessariamente por escrito, em cláusula apartada das demais relativas ao negócio que estiver firmando - empréstimo, compra a prazo, abertura de crediário etc. -, ou em instrumento específico. Feito de qualquer outra forma menos individualizada - em mera cláusula visualmente comum às demais de um determinado contrato, por exemplo - é ilegal o cadastro. Mais uma vez, releva-se a manifestação de vontade do cadastrado.

No entanto, uma vez autorizado o repasse de suas informações aos bancos de dados gestores do cadastro, cada nova informação - novamente em contraste ao cadastro negativo - não precisará ser consentida, nem ao menos comunicada ao cadastrado, conforme dispõe o parágrafo primeiro do mesmo artigo.

Por fim, o art. 5º, I, da Lei do Cadastro Positivo, garante o cancelamento do cadastro, quando solicitado pelo cadastrado, a qualquer tempo. Constitui ato ilícito, portanto, tanto o cadastramento não autorizado quanto a manutenção de cadastro autorizado, uma vez solicitado o seu cancelamento.

### **3) DANO MORAL E O CADASTRO POSITIVO NÃO AUTORIZADO.**

Neste capítulo, concluir-se-á o trabalho, fazendo-se o silogismo entre as teses definidoras do instituto do dano moral e o fato jurídico do cadastramento não autorizado. Analisar-se-á, primeiramente, a modalidade de responsabilidade civil das empresas - fonte, banco de dados e consulente - envolvidas no cadastramento ilegal. Após, partir-se-á para o estudo da existência ou não do dano moral indenizável no caso desse tipo de cadastro, de acordo com cada uma das quatro teses conceituais de dano moral elencadas no primeiro capítulo.

#### **3.1) Responsabilidade das empresas envolvidas**

A responsabilidade das empresas envolvidas no cadastro positivo não autorizado se dá na modalidade objetiva, conforme dispõe o art. 16 da Lei do Cadastro Positivo:

Art. 16. O banco de dados, a fonte e o consulente são responsáveis objetiva e solidariamente pelos danos materiais e morais que causarem ao cadastrado.

Significa dizer que a empresa enredada - seja ela a mantenedora das informações (banco de dados), a que passa as informações ao banco de dados (fonte) ou a que as consulta para travar relação de crédito com o cadastrado (consulente) - que desrespeitar qualquer preceito da Lei, responderá independentemente de culpa, caso sua conduta gere dano ao cadastrado.

Interessante notar que, além de objetiva, é solidária a responsabilidade das empresas; de tal maneira que não importa, na ação movida pelo cadastrado, a busca pela autoria da conduta irregular - sendo tal perquirição matéria de ação regressiva entre as empresas.

### **3.2) Análise da existência do dano**

Passa-se, por fim, à análise da existência ou não do dano moral (indenizável) no cadastro positivo não autorizado, de acordo com as principais teorias conceituais apresentadas no primeiro capítulo.

#### **3.2.1) Tese da violação a direitos personalíssimos**

Afins de recapitulação, lembra-se que essa doutrina defende ser o dano moral a violação a direitos da personalidade - independentemente de uma consequência que a conduta lesiva possa causar na subjetividade da vítima, em seus sentimentos.

Em razão da ampla gama - ou até infinitude, segundo alguns - de direitos personalíssimos entendida como existente pelos estudiosos do Direito, e da impossibilidade, nos limites deste trabalho, de uma análise de todos, é pertinente e imperioso que se limite esse foco de atenção para aqueles que com maior probabilidade seriam violados pelo cadastramento ilegal. Leonardo Bessa faz esse afunilamento, ao elencar os direitos à honra e à privacidade como os mais afetados pelo cadastro positivo:

O tratamento de informações positivas sem atenção aos pressupostos legais, tais como consentimento informado, limites temporais, clareza da informação, representa ofensa aos direitos da personalidade do consumidor (cadastrado), particularmente em aspectos concernentes à honra e à tutela de dados pessoais (privacidade). (2011, p. 143).

Partindo-se ao estudo, primeiramente, da honra, cumpre destacar que ela existe, em distinção doutrinária pacífica, nas modalidades objetiva e subjetiva.

Conforme Maria Helena Diniz (1998, p. 731):

Honra. Bem jurídico que apresenta dois aspectos: a) um subjetivo, o qual designa o sentimento da própria dignidade moral, nascido da consciência de nossas virtudes ou de nosso valor moral, isto é, a honra em sentido estrito; b) um objetivo, representado pela estimação que outrem faz de nossas qualidades morais e de nosso valor social, indicando a boa reputação moral e profissional que pode ser afetada pela injúria, calúnia ou difamação.

E Bessa:

Ao contrário do que ocorre com o direito à privacidade, a noção conceitual da honra não se apresenta tão tormentosa. A honra objetiva refere-se à reputação, ao conceito que a pessoa goza perante a sociedade. A honra subjetiva, de outro lado, concerne à autoestima, ao sentimento da própria dignidade. A proteção à honra resguarda o bom nome, a consideração social da pessoa nos ambientes profissional, comercial, familiar e outros, bem como a consciência da própria dignidade. (2011, p. 70).

Cavaliere Filho (2010, p. 101), a seu turno, ressalta possuir também a pessoa jurídica o direito à honra, ainda que apenas em sua modalidade *objetiva*:

Registre-se, ainda, que a honra tem dois aspectos: o subjetivo (interno e o objetivo (externo). A honra *subjetiva*, que se caracteriza pela dignidade, decoro e autoestima, é exclusiva do ser humano, mas a honra *objetiva*, refletiva da reputação, no bom nome e na imagem perante a sociedade, é comum à pessoa natural e à jurídica. Quem pode negar que uma notícia difamatória pode abalar o bom nome, o conceito e a reputação não só do cidadão, pessoa física, no meio social, mas também de uma pessoa jurídica, no mundo comercial? Indiscutivelmente, toda empresa tem que zelar pelo seu bom nome comercial.

A violação do direito à honra, na sua modalidade subjetiva, adentra o âmbito conceitual da corrente doutrinária que entende ser o dano moral como a consequência afetiva da lesão a interesse juridicamente tutelado. Isso porque a honra subjetiva é, como visto, necessariamente atrelada à noção íntima de valor próprio que, quando ferida, leva a um sentimento de humilhação.

Não obstante, a violação da honra subjetiva é, por certo, violação de direito de personalidade e, assim sendo, caso ocorra essa lesão a partir de um



cadastramento positivo irregular, há o dano moral indenizável. Isso se daria concretamente, por exemplo, quando o cadastrado, ao perceber a existência de cadastro positivo não autorizado ao buscar realizar compra a prazo, sente-se extremamente constrangido pelo simples fato da existência do cadastro. Ou ainda, humilhado quando seu crédito lhe é negado pela existência do cadastro positivo não autorizado - negativa essa que, lembra-se mais uma vez, é possível, conforme atesta Bessa:

No mercado, a atuação dos bancos de dados de proteção ao crédito são potencialmente ofensivas à honra. Embora essa ameaça seja mais evidente no tratamento de informações negativas - dívidas vencidas e não pagas -, ela também se faz presente em relação às informações positivas, ou seja, diante do acréscimo da qualidade e da quantidade de dados disponíveis para análise de risco de concessão de crédito.

Tanto a informação positiva como a negativa contribuem para a definição do perfil do consumidor - nem sempre correspondente a características reais do sujeito -, ensejando juízos de valor negativos e, conseqüentemente, discriminação injusta, denegação ou alteração das condições de concessão de crédito. Com fundamento em perfil digital, oferecido friamente pela tela do computador, pode-se, apenas com base em suas informações positivas (histórico de crédito, por exemplo), concluir que uma pessoa não tem condições financeiras de assumir um novo empréstimo.

Também é possível, se as afirmações estiverem incorretas, desatualizadas ou excessivas - sejam elas negativas ou positivas -, realizar juízos de valor, julgamentos, absolutamente equivocados e, portanto, discriminatórios (2011, p. 79-80).

Apesar disso, defende-se que, por conter o cadastro positivo - ainda que não autorizado - informações que, a princípio, ajudariam o cadastrado na busca de melhores condições em seus negócios, a violação da honra subjetiva do registrado advinda desse cadastramento teria de ser, em juízo, necessariamente provada, jamais presumida a partir da simples existência do cadastro irregular. Terá de demonstrar o autor de tal ação condenatória, então, não a prova cabal do sentimento em si, mas a existência de condições peculiares que levariam o homem comum a sentir-se desprestigiado, humilhado, etc. Diferentemente do que ocorre no cadastro negativo ilegal - onde, pela jurisprudência pacificada do STJ, o dano moral é presumido -, no

cadastro positivo a presunção é de que a informação, mesmo não autorizada, irá auxiliar o cadastrado na busca do crédito; devendo a potencial vítima, quando for o caso, provar o contrário. Importante salientar que a pessoa jurídica não possui honra subjetiva - apenas objetiva, equivalente à sua percepção no mercado -; essa faceta do direito à honra é, portanto, exclusiva às pessoas físicas.

A honra objetiva do cadastrado, igualmente, é vulnerável ao cadastro positivo irregular. Isso, novamente, pelo fato de o conteúdo do cadastro positivo ser abrangente e permitir, ainda que em uma minoria das vezes, um juízo de valor negativo por parte de quem o consulte. Sendo assim, de mesmo modo, a aferição da ofensa à honra objetiva do cadastrado deve ser realizada a partir de uma análise das informações constantes no cadastro específico que estiver sendo discutido em juízo. Caso seja de fácil percepção que do conjunto de informações constantes em determinado cadastro advenha um juízo de valor, a respeito do cadastrado, inferior àquele que se faria da mesma pessoa, física ou jurídica, se não se dispusesse dessas informações - noutras palavras, caso seja de simples constatação que a imagem do cadastrado seja diminuída pela visualização dos dados existentes no cadastro-, há a ofensa ao direito personalíssimo à honra, na sua modalidade objetiva, e, portanto, o dano moral, segundo a corrente doutrinária em questão.

Quanto à privacidade, José Afonso da Silva (2008), utilizando-se de conceito de J. Matos Pereira, define-a como “o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito” (PEREIRA, 1980, p. 15, *apud* SILVA, 2008, p. 206) . E continua, citando Moacyr de Oliveira (OLIVEIRA, 1980, v. 46/100), Carlos Sica Diniz (DINIZ, 1981, v. 61/170) e Pierre Kayser (KAYSER, 1984, p. 49):

A esfera de inviolabilidade, assim, é ampla, “abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, gens e planos futuros do indivíduo”. A doutrina sempre lembra que o Juiz americano Cooley, em 1873, identificou a privacidade como o direito de ser deixado tranqüilo, em paz, de estar só: Right to be alone. “O right

of privacy compreende, decidiu a Suprema Corte dos Estados Unidos, o direito de toda pessoa tomar sozinha as decisões na esfera da sua vida privada.” (SILVA, 2008, p. 206).

Adiante, discorre o autor acerca da relação entre a privacidade e a informática, apontando para a facilidade de violação desse direito:

O intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas. O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadramento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento.

A Constituição não descurou dessa ameaça. Tutela a privacidade das pessoas, como vimos acima. Mais do que isso, acolheu um instituto típico e específico para a efetividade dessa tutela, que é o *habeas data* [...]. (p. 209-2010).

Pertinente, ainda, a diferenciação prática que Bessa faz, sob a luz do cadastro positivo, entre honra e privacidade:

Destaque-se, todavia, que o direito à honra não se confunde com a privacidade. Existe um interesse próprio e autônomo para tutela da privacidade: nem tudo que está em âmbito ou ambiente restrito é ofensivo à honra. Algumas informações podem até ressaltar as qualidades das pessoas, mas, ainda sim, conforme as circunstâncias, não devem ser divulgadas por integrarem o espaço inerente à privacidade. Em síntese, o direito à honra e o direito à privacidade, embora manifestações da dignidade da pessoa humana, ganhou, cada qual, expressão e significado próprios. (BESSA, 2011, p. 71-72).

Não é difícil notar como o cadastro positivo não autorizado afeta a privacidade do cadastrado. A grande maioria dos dados que constam nesse tipo de registro têm conteúdo privativo - tanto que necessitam, por lei (art. 4º da Lei do Cadastro Positivo) da autorização do registrado para serem armazenados. Aqui vale

lembrar a afirmação de Leonardo Bessa, de que “qualquer dado além das informações necessárias para identificar um débito vencido e não pago pode ser classificado como *informação positiva*” (p. 38), bem como rememorar os exemplos de dados normalmente constantes desse tipo de cadastro:

“[...] informações concernentes a contratos e dívidas com pagamento regular (histórico de crédito), veículos registrados em nome da pessoa, relação contratual com companhias telefônicas e o respectivo código de acesso (número telefônico, registros de passagem ou de consultas anteriores, entre outras. (p. 38

Acrescente-se a essas, ainda, aquelas que constam em ambos os cadastros (positivos e negativos): nome da pessoa, e CPF ou CNPJ do registrado.

De fácil constatação, portanto, que o cadastramento não autorizado, por conter esse tipo de informação privativa sem o consentimento do cadastrado, viola seu direito à privacidade e, assim, gera o dano moral indenizável, no âmbito da corrente conceitual ora estudada.

Nesse sentido, Leonardo Bessa é categórico:

O tratamento de informações positivas sem atenção aos pressupostos legais, tais como consentimento informado, limites temporais, clareza da informação, representa ofensa aos direitos da personalidade do consumidor (cadastrado), particularmente em aspectos concernentes à honra e à tutela de dados pessoais (privacidade). (p. 143)

E, em sequência, ao revelar preferência à corrente doutrinária em tela:

O dano moral constitui-se em ofensa a direitos da personalidade, o que, em última análise, significa violação à cláusula geral de proteção à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF). Na hipótese, o tratamento de informações sem a necessária observância dos pressupostos e limites indicados pela Lei 12.414/2011 e pelo Código de

Defesa do Consumidor caracteriza violação à honra e à privacidade do consumidor. A restrição a tais direitos ocorre diante da ponderação com outros valores constitucionais, mas só se legitima quando todos os requisitos normativos são observados. (p. 143-144).

### **3.2.2) Tese da consequência do ato lesivo**

A corrente que diz ser o dano moral a consequência de um ato lesivo a bem ou interesse juridicamente tutelado requer a existência de dor psicológica, por parte da vítima, para a caracterização do instituto. De pronto, excluiria-se do amparo desse conceito jurídico a pessoa jurídica - ao contrário do que afirma a já mencionada Súmula n. 227, do STJ.

Poder-se-ia questionar a utilidade da análise da presença do dano moral no cadastro positivo não autorizado sob a ótica dessa corrente doutrinária, já que, pelo menos se exclusivamente considerada - ou seja, não acrescida de nenhum outro critério que pelo menos abarque as pessoas jurídicas -, está francamente caindo em desuso. Ocorre que, como visto no primeiro capítulo, essa corrente está contida naquela que aceita existirem tanto danos morais objetivos (lesão a direitos personalíssimos) quanto subjetivos (dor psicológica). E essa última, dos danos morais objetivos e subjetivos, é apontada por Bodin de Moraes como seguida por “doutrina e jurisprudência dominantes” - o que também foi percebido quando da análise de exemplos de conceitos utilizados jurisprudencialmente, feita no primeiro capítulo. Sendo assim, este exame presta-se ao estudo da próxima corrente, no aspecto dos danos morais subjetivos - daí sua utilidade.

Inicia-se reafirmando que para haver dano moral nos critérios dessa tese há dois requisitos: lesão a bem ou interesse jurídico, e efeito psicológico negativo advindo dessa lesão. O primeiro, na hipótese em estudo, é de relativamente fácil aferição. O cadastrado tem direito personalíssimo à privacidade, e dele advém interesse jurídico legítimo a resguardar seus dados pessoais. O cadastro não autorizado, como já visto, viola esse direito. Além disso, o já citado art. 4º da Lei do Cadastro Positivo também tutela esse interesse, ao impor um dever à fonte e ao banco

de dados de procederem ao registro apenas com o consentimento escrito do futuro cadastrado.

Afirmar-se existir dor psicológica ao descobrir-se cadastrado, ainda que ilegalmente, em cadastro positivo, por outro lado, é tarefa mais difícil. Inviável, a princípio, presumirem-se graves sentimentos de angústia, vergonha, tristeza etc., capazes de justificar a existência do dano, a partir apenas da ciência de um cadastro que teoricamente apresenta informações boas a respeito do cadastrado, de que é um bom pagador. No entanto, por viés oposto, seria exagerado atestarem-se impossíveis tais sentimentos como consequência desse tipo de cadastro. Portanto, defende-se que, sob o manto dessa tese conceitual, mais sensato é incumbir ao autor de ação condenatória intentada com fundamento nesse fato que demonstre como sofreu dor considerável, que ultrapassou, em famosa expressão jurisprudencial, os “meros dissabores do cotidiano”. Salienta-se, novamente, que essa prova consistiria não na ocorrência dos sentimentos em si, mas na existência das situações onde esses sentimentos, aí sim, presumiriam-se, pelo julgador, como consequência mais provável.

Podem-se imaginar alguns cenários onde a dor alcance tal nível - hipóteses, em parte, demonstradas no subcapítulo anterior, quando discorria-se sobre a ofensa à honra subjetiva do cadastrado. Uma pessoa de pouco conhecimento jurídico e/ou baixa escolaridade e/ou baixa renda - “pessoa simples”, em linguagem comum, sem conotação pejorativa - pode se sentir humilhada de saber que consta em um cadastro da qual não tinha conhecimento, com informações a respeito de sua vida econômica em tal registro dispostas. Ou então, ao ter crédito negado em decorrência do cadastro positivo - algo, lembra-se mais uma vez, plausível de acontecer -, pode o cadastrado sofrer consequências graves em sua vida civil - falência de seu negócio (se empresário individual, onde a pessoa jurídica existe apenas para fins tributários, ou se trabalhar na informalidade; estando, demais casos, restritos à pessoa jurídica, não albergada pela corrente doutrinária), impossibilidade de compra de casa própria ou automóvel, etc -, advindo dessas consequências o dano moral. Cumbiria, mais uma vez, ao cadastrado a prova do nexo causal e do dano. Ainda é possível que o registrado sofra discriminação, ou tratamento negativamente diferenciado, por parte da

consulente das informações, em razão da existência do cadastro; sendo que mesmo nesse último caso responderia também a empresa mantenedora do registro, em função da solidariedade prevista no art. 16 da Lei do Cadastro Positivo.

Todos esses são exemplos que fugiriam à regra de que, sob a ótica do conceito de dano moral como efeito psíquico negativo de lesão a bem ou interesse jurídico, não será tal dano advindo de cadastro positivo não autorizado, por haver, a princípio, apenas o primeiro requisito (lesão a bem ou interesse), mas não a dor.

### **3.2.3) Tese dos danos morais objetivos e subjetivos e análise da jurisprudência**

Esta corrente, como visto no primeiro capítulo, conjuga as duas anteriores, ao visualizar a possibilidade da existência de dano moral advir tanto da violação a direito personalíssimo, independente de consequentes sentimentos ao detentor de tal direito, quanto da aflição psíquica advinda da violação de direitos ou interesses patrimoniais. Portanto, as análises recém trabalhadas, para cada uma dessas correntes, são válidas para esta; desnecessário o repetimento.

Sendo assim, parte-se para a observação do caso proposto - dano moral no cadastro positivo não autorizado - sob a ótica das jurisprudências selecionadas. Faz-se esse esforço neste mesmo subcapítulo em razão daquela afirmação, feita por Maria Celina Bodin de Moraes e constatada na análise jurisprudencial realizada no primeiro capítulo, de que a corrente dos danos morais objetivos e subjetivos é atualmente a majoritária das decisões do Judiciário brasileiro. Começar-se-á, assim como no primeiro capítulo, com os conceitos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal; passando-se, em seguida, às decisões do Superior Tribunal de Justiça.

A primeira decisão do STF colacionada neste trabalho data de 2004, tem como relator o Ministro Carlos Velloso e afirma ser o dano moral indenizável “o que atinge a esfera legítima de afeição da vítima, que agride seus valores, que humilha, que causa dor”. Informa, ainda, que “a perda de uma frasqueira contendo objetos pessoais,

geralmente objetos de maquiagem da mulher, não obstante desagradável, não produz dano moral indenizável” (Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 387014). Em seguida, julgado cujo relator do acórdão foi o Ministro Gilmar Mendes, que segue a mesma linha:

“A sua concretização dá-se quando a pessoa tem ofendido, por ato de terceiro, o seu decoro, a sua auto-estima, causando-lhe referido ato desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando, em princípio, o tamanho desse constrangimento, desse aborrecimento ou desse desconforto. Desde que isso ocorra, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição, art. 5o, X.

É que, do ato que causa constrangimento, resulta aborrecimento ou desconforto, sofrimento para a pessoa. Esse sofrimento é que precisa ser reparado” (RE 364631, julgado em 29/08/2006)

Percebe-se, em ambas as decisões, uma preferência pela corrente da consequência psicologicamente negativa de um ato lesivo a bem ou interesse juridicamente tutelado - pelo menos no que tange à caracterização do dano na pessoa física. Ainda que não se faça menção expressa a esse segundo requisito necessário para ocorrência do dano moral para essa tese - violação a bem ou interesse -, é correta a adequação da decisão a tal corrente; não se esperaria que o STF considerasse qualquer dor psicológica, ainda que advinda de exercício regular de direito - o sofrimento que um empresário possa experimentar pela falência de seu negócio, provocada por competição legalmente regular da concorrente, por exemplo -, passível de indenização.

Fazendo-se a subsunção da hipótese objeto de estudo neste trabalho - dano moral no cadastro positivo não autorizado - ao conceito utilizado pelas decisões, chega-se à conclusão já exarada quando da análise da corrente seguida pelos julgados: as condições que fariam presumir a dor psicológica do cadastrado teriam de ser por ele provadas, não sendo possível presumi-la (a dor) apenas a partir da inscrição; o interesse juridicamente tutelado, de outro lado, advém diretamente da inscrição não autorizada.



A última decisão da Suprema Corte trazida no primeiro capítulo vai por outra vertente, qual seja, a do dano moral como violação a direito personalíssimo. Extrai-se:

Liberdade de expressão limitada pelos direitos à honra, à intimidade e à imagem, cuja violação gera dano moral.

[...]

O dano moral decorre de uma violação da honra, objetivamente considerada, daí porque é desnecessária a prova da dor, do sofrimento, até por serem impossíveis de se comprovar. (AO 1390, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 12/05/2011).

Subsumindo-se a hipótese em estudo aos critérios da decisão, não há maiores complicações: o cadastro positivo não autorizado, na medida em que viola, sempre, o direito à privacidade do cadastrado e, dependendo do caso, seu direito à honra, fere direitos personalíssimos, gerando o dano moral.

Em relação ao STJ, o primeiro julgado trazido faz menção ao dano moral apenas como violação a direito personalíssimo:

Ocorre que o prejuízo está na própria violação, na utilização do bem que integra o patrimônio jurídico personalíssimo do titular. Só aí já está o dano moral.

[...]

Aduza-se que o dano moral, tido como lesão à personalidade, à honra da pessoa, mostra-se às vezes de difícil constatação, por atingir os seus reflexos parte muito íntima do indivíduo - seu interior. (EREsp 230.268/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Segunda Seção, julgado em 11/12/2002)

Assim sendo, no exemplo estudado, haveria dano moral, decorrente da violação ao direito de privacidade, além de um possível desrespeito ao direito à honra (objetiva e/ou subjetivamente considerado), nos moldes já delineados.

Em sequência, há decisão que parece admitir tanto a simples violação a direito da personalidade, quanto o sofrimento não necessariamente dela decorrente - ao mencionar a lesão ao “âmago” - para a caracterização do dano moral:

De acordo com a jurisprudência desta Corte, dano moral é "tido como lesão à personalidade, ao âmago e à honra da pessoa" (REsp 85019/RJ, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 10.03.1998, DJ 18.12.1998)." (REsp. nº 963.387 - RS (2007/0146386-5, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção. julgado em 08/10/2008)

Interessante a nota de que essa última decisão cita julgado da lavra do mesmo relator daquela primeira - Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira - e parece haver um acréscimo no que se entende ser o dano moral, com a expressão “âmago” - que, se não afirma, pelo menos denota admitir-se a dor psicológica como caracterizador do instituto. Percebe-se uma falta de zelo - recorrente em decisões judiciais que tratam de conceitos ainda não estabilizados - na prática de determinar-se a partir de qual conceito se está julgando.

Quanto à análise, novamente, ao violar o direito personalíssimo à privacidade, o cadastro positivo não autorizado, conforme essa decisão, geraria o dano moral - ainda que não se comprovasse o sofrimento, ou a “lesão ao âmago” decorrente dessa violação. Por outro lado, caso se entenda que não há violação alguma a direito de personalidade nessa hipótese, poderia a vítima obter procedência numa futura ação condenatória fundamentada no dano moral, nos moldes do julgado, se demonstrasse que padeceu de sofrimento intenso - ou, melhor, que provasse que as circunstâncias de seu caso, em particular, eram aptas de gerar-lhe tal sofrimento, fazendo-o presumido pelo julgador.

Por fim, a última decisão faz menção somente ao sofrimento:

Configuração de dano moral.- Patente o sofrimento intenso de pescador profissional artesanal, causado pela privação das condições de trabalho, em consequência do dano ambiental, é também devida a

indenização por dano moral, fixada, por equidade, em valor equivalente a um salário-mínimo. [...] 3.- Recurso Especial improvido [...] (STJ, Relator: Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, julgado em: 08/02/2012).

Aqui, como visto, caberia ao cadastrado demonstrar os quesitos particulares de seu caso que fariam presumir o sofrimento ímpar ensejador do dano - já que defendeu-se, há pouco, que o fato de se ter o nome registrado em cadastro positivo, mesmo sem autorização, não seria, por si, suficiente a fazer nascer uma presunção de sofrimento suficiente a fundamentar uma compensação por dano moral.

Visualisando-se o conjunto das decisões, novamente se evidencia coerente a afirmação de Maria Celina Bodin de Moraes, de que a jurisprudência, majoritariamente, admite a existência do dano moral subjetivo e objetivo, compreendendo, assim, tanto a dor advinda de violação a bem ou interesse juridicamente tutelados, independente a violação a direito da personalidade, quando apenas essa violação (a direito personalíssimo), independente a dor.

#### **3.2.4) Tese da ofensa à dignidade da pessoa humana**

Relembrando a tese do dano moral como violação à dignidade da pessoa humana, conforme Maria Celina Bodin de Moraes - que, ainda que não exclusivamente, é quem mais exaustivamente trabalha o tema atualmente no Brasil -, tem-se que ele pode surgir a partir de quatro hipóteses, corolárias da dignidade em si: violações à igualdade, à liberdade, à integridade psicofísica e ao dever de solidariedade.

Igualmente, nesta hipótese de estudo, entende-se que o cadastro positivo não autorizado pode desrespeitar cada uma - ou mais de uma - das vertentes da dignidade, em moldes específicos a seguir. Quanto aos critérios necessários para enquadrar um caso como violador de um desses quatro subprincípios subsidiários à dignidade, Maria Celina salienta que os liames não são matemáticos, podendo assim,

por exemplo, uma determinada conduta desrespeitar concomitantemente duas ou mais vertentes:

Todos os exemplos dados, no que se considerou os quatro principais corolários da dignidade humana, devem ser entendidos apenas e tão-somente como exemplos, e não só sua classificação é ainda incipiente, mas sua inclusão numa categoria não exclui a possibilidade de se encontrar tutela em alguma outra. A morte de ente querido pode dizer respeito tanto à integridade psíquica quanto à solidariedade familiar; a violação da intimidade pode se aproximar mais da liberdade ou da integridade psíquica; a exclusão em razão da idade pode referir-se tanto à igualdade quanto à solidariedade social. Por outro lado, todas as situações graves o bastante para gerar a reparação por dano moral devem poder ser reconduzidas a pelo menos um desses quatro princípios. (2003, p. 117).

Feita a ressalva, ainda assim buscar-se-á um enquadramento do caso objeto de análise a cada um dos quatro subprincípios, individualmente, para uma melhor compreensão e aprofundamento do estudo.

Iniciando-se com a violação à igualdade, essa se daria, segundo a autora, principalmente em hipóteses onde há conduta discriminatória por parte do potencial causador do dano. Dessa forma, caberia ao indevidamente cadastrado demonstrar que, advinda de tal cadastro, houve uma discriminação por ele sofrida. Provavelmente, tal discriminação viria do consulente, mas, ainda assim, demonstrada pelo registrado, a responsabilidade civil que dela exsurgiria seria, relembra-se, solidária - entre fornecedor das informações, banco de dados e consulente -, por força da disposição do art. 16 da Lei n. 12.414/2011. Sobre essa possibilidade de sofrimento de tratamento discriminatório por parte do indevidamente cadastrado, ainda em se tratando de cadastro positivo, versa Leonardo Bessa (2011, p. 69):

De modo sutil e cada vez mais rapidamente, as entidades de proteção ao crédito, com a disseminação, em fração de minutos, de milhares de informações pessoais - positivas ou negativas -, realizam e permitem *julgamentos* das pessoas. A atividade própria dos bancos de dados de proteção ao crédito, úteis para o consumidor e para o mercado, colocam o direito à honra em constante tensão. Com base no *julgamento* dos arquivos de consumo, na atribuição de nota pelo sistema de *rating*,

resultado de operações matemáticas, de uma inteligência artificial, decide-se quem é digno ou não de obter crédito, quem é confiável e merece uma taxa de juros menor.

[...]

Tanto a informação positiva como a negativa contribuem para a definição do perfil do consumidor - nem sempre correspondente a características reais do sujeito -, ensejando juízos de valor negativos e, conseqüentemente, discriminação injusta, denegação ou alteração das condições de crédito. Com fundamento em perfil digital, oferecido friamente pela tela do computador, pode-se, apenas com base em suas *informações positivas* (histórico de crédito, por exemplo), concluir que uma pessoa não tem condições financeiras de assumir um novo empréstimo.

Também é possível, se as afirmações estiverem incorretas, desatualizadas ou excessivas - sejam elas negativas ou positivas -, realizar juízos de valor, julgamentos, absolutamente equivocados e, portanto, discriminatórios.

Importante destacar que, segundo Moraes, essa discriminação, para violar a igualdade - e, por consequência, a dignidade -, não precisa resultar em sofrimento – caso em que se violaria a integridade psico-física, adiante explanada. Sendo assim, não se exigiria do cadastrado que provasse ter passado por situação ensejadora de dor psíquica. Deveria ele demonstrar, sim, que, em razão do cadastro ilegal, recebeu tratamento negativamente diferenciado - recusa de empréstimo, perda de oportunidade contratual, piores condições de atendimento , chacota etc. - , se comparado àquele que provavelmente receberia caso não houvesse o cadastro.

Relembrando a lição de Moraes sobre o conteúdo do subprincípio da integridade psicofísica, a autora o define como contenedor, além dos danos ao corpo humano – por motivos óbvios, impertinentes à presente análise -, daqueles inerentes à sua psiquê, representados por ofensas à honra, à imagem, à privacidade, ao nome, etc. Importante salientar que Maria Celina, apesar de referir-se a “danos psíquicos”, não os entende como o sofrimento psicológico em si, já que, relembra-se, vê a dor sentimental como eventual conseqüência do dano. Sendo assim, cabe apenas entender que a autora refere-se a violações à honra, à privacidade etc., não apenas como violações a direitos personalíssimos e que, por isso, ensejariam o dano moral – já que, afirma que

“o dano moral não pode ser reduzido à lesão a um direito da personalidade”; mas sim como ofensas ao aspecto psico-físico da dignidade da pessoa humana – motivo pelo qual resultam no dano moral.

Desse modo, entende-se que a hipótese do cadastro positivo não autorizado, sob a ótica desse subprincípio, resultaria em dano moral pela violação à privacidade em que consiste a utilização de dados privados sem a autorização do cadastrado. Como, no entanto, a autora trabalha a privacidade muito mais em relação à *liberdade* – outro subprincípio corolário da dignidade da pessoa humana -, reserva-se essa análise (da violação da privacidade) ao momento de pesquisa do subprincípio da liberdade, a ser considerado em sequência. Assim, resta a constatação da possível ofensa à imagem, à honra e ao nome. Essa se daria, como já defendido anteriormente, apenas se do cadastro positivo constem informações que ensejariam um juízo de valor negativo – ainda que restrito à capacidade para adimplir com o específico contrato em vista pelo cadastrado, e não a respeito do cadastrado em si -, a ser realizado pelo consulente. Não se pode dizer que honra (subjética e/ou objetiva), imagem e nome do registrado sejam aviltados por informações simples e puramente boas a seu respeito, ainda que ilegalmente divulgadas, por não autorizadas.

Quanto à dignidade da pessoa humana vista pela vertente da *liberdade*, é trabalhada pela autora como paralela à noção de privacidade:

O princípio da liberdade individual se consubstancia, cada vez mais, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de exercício da vida privada. Liberdade significa, hoje, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor convier. (2003, p. 107).

Esse é, por excelência, o subprincípio violado pelo cadastro positivo feito sem autorização do cadastrado – que, por consequência, viola sua dignidade. Como já trabalhado, a privacidade, acima de tudo, é vilipendiada pelo cadastro não autorizado, na medida em que dados relativos à esfera particular do registrado – que, reafirme-se, são protegidos por lei (art. 4º da Lei do Cadastro Positivo), que exige a

autorização escrita do futuro registrado para manejo de tais dados – são utilizados pelos bancos de dados e ofertados como mercadoria aos consulentes que se dispuserem a pagar – venda que, em si, não seria problema, caso feita com consentimento do cadastrado. Mesmo sendo positivas, são privadas, e devem, portanto, ser resguardadas, conforme aduz BESSA (2011, p. 55): “Algumas informações podem até ressaltar as qualidades das pessoas, mas, ainda sim, conforme as circunstâncias, não devem ser divulgadas por integrarem o espaço inerente à privacidade.”

A autorização do cadastrado tem o condão de legalizar o ato de cadastro, extinguindo, assim, o requisito, proposto por Maria Celina, da *injustiça* do dano. Diz-se “dano” porque o que acontece, de fato, em relação à privacidade, não muda: os dados privados do registrado são ofertados ao mercado. A diferença é que, agora, o registrado abre mão de sua privacidade, com o intuito de buscar melhores condições para realização de seus negócios. Não mais há, então, os *interesses contrapostos* da potencial vítima e do potencial agente lesante, que seriam sopesados para definir-se a injustiça do dano, conforme a mencionada lição de Guido Alpa, aceita pela autora. Interessante, notar, assim, que a privacidade do indivíduo não deve a ele ser imposta como dever. Pelo contrário, ligada como está à *liberdade*, implica sempre numa escolha de como, quando e com qual intuito revelar seus dados, em “poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor convier”. Bessa faz essa distinção, em razão do cadastro positivo:

A privacidade, nessa linha, deve ser concebida com a possibilidade de limitar algumas informações pessoais e não o dever de manter estes dados sob restrição. Diante da promessa de redução de taxas de juros e conseqüentes benefícios materiais, desde que o consumidor seja adequadamente informado sobre o significado e os riscos do tratamento de informações positivas, e, nesse contexto, manifeste consentimento informado, não se sustenta argumento de ilegitimidade do tratamento dos dados, já que, em última análise,

prestigia-se a liberdade de escolha a autodeterminação da pessoa. (2011, p. 98).

Finalizando-se a subsunção do caso a este subprincípio, ressalta-se que a própria autora cita o desrespeito aos dados pessoais como afronta à dignidade, à luz da liberdade, ensejadora de dano moral: “Como exemplos de situações violadoras da dignidade humana em razão da lesão ao princípio da liberdade, cabe referir [...] a incapacidade de controle acerca dos próprios dados pessoais [...]” (MORAES, 2003, p. 107).

De difícil conceituação definitiva, o princípio da solidariedade - e, por consequência, os casos de sua violação - é melhor aferido a partir de exemplos concretos. Maria Celina Bodin de Moraes aponta como violação da dignidade por meio da ofensa à solidariedade a lesão que tenha no grupo seu modo de realização: “danos sofridos no âmbito familiar”, “danos causados aos sócios minoritários ou até excluídos de companhias”, “algumas espécies de danos sofridos pelo chamados ‘grandes traumatizados, como as crianças e os idosos’”o descumprimento dos deveres fundados na boa-fé”. Cita, ainda, “as hipóteses mais conhecidas e tutelados tendo como fundamento a solidariedade social”os danos causados aos consumidores e os danos causados ao meio ambiente.” (p. 116-117).

Concluindo-se com a percepção do caso do cadastro positivo não autorizado pela lente da solidariedade, defende-se de que seria violada com maior exclusividade, e menor influência dos outros três subprincípios, quando a conduta lesiva fosse influenciada por e/ou influenciasse uma coletividade de pessoas indevidamente cadastradas.

Isso se daria, concretamente, quando determinado banco de dados passasse a indevidamente cadastrar um grande número de pessoas de forma geral e indiscriminada - como se deu com os sistemas de *scoring*, mantidos por bancos de dados nacionais com o cadastramento de praticamente todos os cidadãos brasileiros, sob o pretexto de que não se tratava de cadastro positivo -; ou, ainda, quando se cadastrasse grupo ou nicho de indivíduos que partilhassem características comuns –



grupos de consumidores de determinada loja, coletividade de profissionais de determinado ramo, empresas que atuem em segmento específico. Perceber-se-ia, então, a má-fé da fonte ou banco de dados: sabendo-se da lucratividade, cadastra-se, ainda que ilegalmente, determinada coletividade. O consulente das informações – apesar de entender-se que, normalmente, seria agente causador de dano moral, na perspectiva da teoria de Moraes, violando o subprincípio da *igualdade*, com conduta discriminatória – também poderia ofender a solidariedade, quando, por exemplo encomendasse cadastramento de determinado grupo, ou fosse ele próprio fonte, mantenedor e consulente das informações, ao manter cadastro ilegal de seus próprios clientes – nesse último caso, tratando-se de “cadastro” propriamente dito, em contraposição a “banco de dados” (vide cap. 2, subitem 2.2.1).

Fica a impressão, na violação da dignidade pela solidariedade, de uma confusão entre dano e conduta. Nos três subprincípios anteriores, o cadastrado sofreria o dano moral porque sofrera discriminação, sua psiquê fora abalada ou sua liberdade tolhida e sua privacidade invadida. Na solidariedade, parece que a dignidade do cadastrado foi ofendida porque a dignidade de outrem também o foi; e eventual condenação por dano moral, fundamentada especificamente nesse ramo da dignidade, parece ser também punitiva pela conduta do ofensor – função punitiva, essa, que Bodin de Moraes veementemente critica. Contudo, uma interpretação possível para visualizar-se o dano moral advindo principalmente da ofensa à solidariedade seria perceber-se a dignidade humana como a definia Kant – que influencia, segundo a própria autora, sua teoria -, mais especificamente, no imperativo categórico (critério postulado para analisar-se se determinada conduta seria moral) de não se tratar o homem como um meio, mas como um fim em si próprio. Desse modo, o cadastrado sofreria o dano moral não porque outras pessoas também foram cadastradas pelo mesmo motivo, mas, porque dessa constatação (de que outras pessoas também foram cadastradas), percebe-se que o registrado foi tratado como mero objeto para percepção de lucro por parte do agente lesivo - o que geraria o dano moral.

### **3.3 Julgados específicos sobre cadastramento**

Apesar da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ser farta quando o assunto é cadastro negativo, não há, ainda, no âmbito dos tribunais superiores, julgados que discutam a questão do cadastro positivo não autorizado sob a ótica da Lei n. 12.414. Sendo assim, colacionam-se, primeiramente, decisões do STJ que versam sobre cadastro negativo e o cadastro “misto” do Banco Central (explicitado no julgado); e, em sequência, acórdãos de tribunais estaduais sobre o sistema *concentre scoring* (também explicado nos próprios julgados).

### **3.3.1) Superior Tribunal de Justiça**

**a) Ementa:** AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO INCAPAZ DE ALTERAR O JULGADO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA Nº 282/STF. **INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO IN RE IPSA. DANOS MORAIS. VALOR. PARÂMETROS DESTA CORTE.**

[...]

**3. Em casos como o dos autos, no qual se discute a comprovação do dano moral em virtude da inscrição indevida em cadastro de inadimplentes, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o dano moral se configura in re ipsa, ou seja, prescinde de prova do dano moral, que é satisfeita com a demonstração da existência de inscrição indevida nos cadastros de inadimplentes.** [...] (AgRg no AREsp 42.294/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/04/2012, DJe 25/04/2012) (Grifado).

**b) STJ Súmula nº 385 - 27/05/2009 - DJe 08/06/2009**

Anotação Irregular em Cadastro de Proteção ao Crédito - Cabimento - Indenização por Dano Moral

Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.

c) Ementa: CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. SISBACEN. SISTEMA DE INFORMAÇÕES DE CRÉDITO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL (SCR). NATUREZA DE CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO. INSCRIÇÃO INDEVIDA. DANOS MORAIS. DEVER DE INDENIZAR. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MINORAÇÃO. NECESSIDADE. VERBA HONORÁRIA. PERCENTUAL SOBRE A CONDENAÇÃO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. [...].

2. As informações fornecidas pelas instituições financeiras ao SISBACEN afiguram-se como restritivas de crédito, haja vista que esse sistema de informação avalia a capacidade de pagamento do consumidor de serviços bancários. O banco que efetuou a inclusão indevida do nome da autora nesse cadastro deve ser responsabilizado pelos danos morais causados.

3. [...]. 5. Recurso especial parcialmente provido tão somente para minorar o valor da compensação por danos morais para R\$ 6.000,00 (seis mil reais).

Voto:

[...]

O SCR Sistema de Informações de Crédito do Banco Central do Brasil , conforme definição extraída do sítio do BACEN, “é um banco de dados sobre operações e títulos com características de crédito e respectivas garantias contratadas por pessoas físicas e jurídicas perante instituições financeiras (IFs) no país” ( in <http://www.bcb.gov.br/pre>).

Como todo sistema de informações, o Sisbacen e nele inclui-se o Sistema de Informações de Crédito do Banco Central do Brasil (SCR) deve ser alimentado, missão que cabe às instituições bancárias. A Resolução 2.724/00 do BACEN

determina que as instituições financeiras prestem a esse **informações sobre o montante dos débitos e responsabilidades contratuais de seus clientes, ainda que não haja inadimplência,** sempre que ultrapassar determinado valor, constante das normas emanadas pelo BACEN.

[...]

A peculiaridade do **banco de dados mantido pelo BACEN,** que o faz diferir, em parte, dos demais bancos de dados, sejam públicos ou privados, é que aquele **é alimentado tanto por informações positivas quanto negativas,** o que o caracteriza como um sistema múltiplo, enquanto a maioria dos demais somente armazenam informações negativas.

[...]

Por outro lado, como um cadastro de negativação, o Sisbacen, no âmbito das instituições bancárias, através de seu SCR Sistema de Informações de Crédito do Banco Central do Brasil , age, da mesma forma como os demais órgãos restritivos de crédito, como uma central de risco, cuja finalidade é avaliar o “risco de crédito”, com vistas à idoneidade financeira dos consumidores, ou seja, avaliar a probabilidade de que o valor emprestado por consumidor de serviços bancários seja recebido de volta pelo banco mutuante.

[...]

Desse modo, conclui-se que a inscrição indevida do nome da recorrida no Sisbacen importa em restrição ao crédito, razão pela qual deve ser mantida a decisão do TJ/SC por seus próprios fundamentos. Nesse sentido, colaciona-se abaixo recente precedente desta c. 3ª Turma:

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA. LIMINAR OBSTATIVA DA INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. SISBACEN. SISTEMA DE INFORMAÇÕES DE CRÉDITO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL (SCR).DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. RECURSO ESPECIAL NAO PROVIDO.

1. As informações fornecidas pelas instituições financeiras ao Sisbacen afiguram-se como restritivas de crédito, visto que esse sistema de informação avalia a capacidade de pagamento do consumidor de serviços bancários. (REsp 1.099.527/MG, 3ª Turma, minha relatoria, DJe de 14/09/2010).[...] (STJ, REsp 1117319/SC, Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 22/02/2011, T3 - TERCEIRA TURMA)

### **3.3.2 Análise dos julgados e súmulas do STJ**

O primeiro julgado do STJ aborda a já pacificada questão do dano moral no indevido cadastro negativo. O interessante, aqui, é a presunção do dano moral, que é advinda exclusivamente da prova do cadastro negativo. Tal presunção é sutilmente diferente daquela, relativa à tese do dano moral como sofrimento, ou modalidade subjetiva de dano moral. Isso na medida em que a jurisprudência que segue essa corrente não exige a prova do sofrimento em si - tida como impossível -, mas tão somente aquela concernente às circunstâncias de fato, experimentadas pela vítima, que fariam presumir um sofrimento, merecedor de reparação, experimentado pelo homem médio. No caso de cadastro negativo realizado indevidamente, as únicas circunstâncias a serem demonstradas pela potencial vítima do dano são a existência do cadastro negativo, e sua ilegalidade - lembrando-se que o CDC é o diploma legal que rege o cadastro negativo. Feitas essas demonstrações, presume-se o dano moral para o STJ, sem necessidade de adentrar-se nas particularidades subjetivas da vítima - particularidades, essas, que serão consideradas apenas para a fixação do valor compensatório.

Essa presunção, contudo, é mitigada pela Súmula 385 desse Tribunal. Mesmo quando o cadastramento for indevido, não há dano se o nome da vítima já estava inscrito no mesmo cadastro negativo, de maneira legítima. O raciocínio é de que a honra - objetiva e subjetiva - do cadastrado não seria desgastada por cadastramento negativo, ainda que indevido, se outro já existisse em seu nome, esse último legítimo. É lógica questionável, na medida em que, na complexidade da relações de mercado

atual, por vezes uma inscrição negativa pode ser diferente de duas, e duas, de cinco. Por outro lado, se a vítima tem nove inscrições desabonadoras, talvez a décima não fizesse tanta diferença. Melhor seria, assim, um entendimento de que caso haja cadastro negativo legítimo anterior a um indevido, não se presume o dano - que poderá, contudo, ser evidenciado caso a caso.

O ponto a se ressaltar na decisão que abordou o sistema SCR do SISBACEN não diz respeito propriamente à configuração do dano moral - tido, como no julgado, como consequência de inscrição ilegítima. O principal é o raciocínio de que um sistema de cadastramento que “avalia a capacidade de pagamento do consumidor de serviços bancários”, tem, na verdade, natureza de órgão de restrição de crédito. Essa lógica pode ser utilizada para a caracterização do sistema *concentre scoring*, como se verá em seguida.

### **3.3.3 Decisões Catarinenses sobre o sistema de *scoring***

Quanto ao sistema de *scoring*, o STJ até a data de feitura deste trabalho - julho de 2014 - não se manifestou a respeito<sup>1</sup>. Há, por enquanto, apenas decisões nos Tribunais Estaduais acerca do tema. Tema, esse, que alberga duas controvérsias: a) a natureza jurídica do sistema e, conseqüentemente, a legalidade do cadastramento não autorizado e comunicado ao cadastrado; e b) a existência de dano moral decorrente desse cadastramento. Colacionam-se decisões dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina, e das Turmas Recursais desse Estado.

**I) Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. UTILIZAÇÃO DO PROGRAMA DE PONTUAÇÃO DENOMINADO CONCENTRE SCORING. ALEGAÇÃO DE**

---

<sup>1</sup> Foi instaurado incidente de recurso repetitivo no REsp n. 1.419.697-RS, afetado à Segunda Seção da Corte, em novembro de 2013, afins de decidir-se “acerca da natureza dos sistemas de scoring e a possibilidade de violação a princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor capaz de gerar indenização por dano moral.”, conforme despacho exarado pelo Min. Paulo de Tarso Severino, em maio de 2014, que marcou audiência pública - a primeira da história do STJ, segundo o periódico Consultor Jurídico - para o dia 5/8/2014.(fonte:<http://www.conjur.com.br/2014-jun-04/primeira-audiencia-publica-stj-direito-consumidor>, acesso em 1/7/2014).

RECUSA INFUNDADA DE CRÉDITO AO CONSUMIDOR. IMPOSSIBILIDADE DE TRANSAÇÃO NO COMÉRCIO, ANTE A BAIXA PONTUAÇÃO NO PROGRAMA. INSUBSISTÊNCIA. RELAÇÃO NEGOCIAL. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE. DISCRICIONARIEDADE DA INSTITUIÇÃO CONCEDENTE NA CELEBRAÇÃO DO PACTO. RECUSA QUE NÃO IMPEDE O CONTRATO COM EMPRESA CONCORRENTE. AUSÊNCIA DE OFENSA À ESFERA ÍNTIMA DO APELANTE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. O só fato de alguma empresa deixar de contratar em razão de um sistema de pontuação meramente informativo, calcado em probabilidades estatísticas supedaneadas em dados como emissão de cheques sem fundos, dívidas pendentes, ações judiciais, participação em falências, protestos, dentre outros, não ofende a honra subjetiva de qualquer pessoa, notadamente porque tais informações podem ser obtidas por outros meios, não sendo demasiado realçar que em razão do princípio da autonomia da vontade, a ninguém é dado obrigar-se à celebração de quaisquer negócios jurídicos.

Voto:

Colhe-se do sítio da Serasa Experian:

"Concentre Scoring é um produto baseado em modelos estatísticos de pontuação de crédito. Fortemente apoiado em informações negativas, o produto compreende diversos modelos estatísticos, cada um deles direcionado para um determinado perfil de histórico de crédito."

Os modelos fornecem uma pontuação que representa a probabilidade de um proponente de crédito tornar-se inadimplente no mercado em um período de 12 meses.

Por considerar informações tão abrangentes, o **Concentre Scoring** agrega valor aos processos de gestão de risco, mesmo para empresas que já possuem modelos internos de escoragem de crédito. A utilização conjunta de modelos internos com o **Concentre Scoring** permite a otimização do uso das informações nas avaliações de risco de crédito" (<http://www.consultibrasil.com.br>. Acesso em: 12.02.2014).

[...]

Com efeito, ANTÔNIO JEOVÁ SANTOS, discorrendo sobre os danos anímicos, preleciona

"O dano moral é aquele que, no mais íntimo do seu ser, padece quem tenha sido lastimado em suas afeições legítimas, e que se traduz em dores e padecimentos pessoais. E mais: O dano moral constitui uma lesão aos direitos extrapatrimoniais de natureza subjetiva que, sem abarcar os prejuízos que são recuperáveis por via do dano direto, recaem sobre o lado íntimo da personalidade (vida, integridade física ou moral, honra, liberdade) e não existe quando se trata de um simples prejuízo patrimonial" (*Dano moral indenizável*. São Paulo: Editora Método, 2001, p.102).

E não me parece, com a vênia dos que sustentam o contrário, que uma empresa que concede crédito esteja impedida de bem avaliar a solvabilidade das pessoas com quem contrata, ainda que o perfil de qualquer consumidor, desenhado a partir de um sistema de pontuação, como aquele buscado pelo *concentre scoring*, traga em si mesmo alto grau de subjetividade.

Tudo fica no âmbito da pura discricionariedade da empresa concedente do crédito, que avaliará o risco de contratar com base nas estatísticas do referido sistema de pontuação, baseados em informes atinentes à emissão de cheques sem fundos, protestos, pendências financeiras, participação do consumidor em processos de falência, ações judiciais, entre outros.

No tocante aos chamados danos anímicos, perante esse Órgão Fracionário, tive a oportunidade de deixar assentado:

"Para o reconhecimento do dano extrapatrimonial não basta o fator em si do acontecimento. **É preciso mais do que isso, sendo imperioso que haja um ilícito com carga suficiente para infligir no ofendido um sofrimento moral intenso e extraordinário, causador de sequelas de indubitosa repercussão,** não se amoldando, neste panorama, simples descontentamentos no âmbito subjetivo da pessoa ou, ainda, nas hipóteses em que a anunciada dor ou desconforto seriam normalmente suportados" (Grifos meus, TJSC, Apelação



Cível n. 2012.048463-6, de Mafra, j. 11.07.2013).(TJSC, Apelação Cível n. 2014.006897-1, de Blumenau, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. 06-03-2014).

ii) Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - CONSTITUIÇÃO FEDERAL - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - SISTEMA CONCENTRE SCORING - BASE DE DADOS - MANUTENÇÃO DE INFORMAÇÕES DO CONSUMIDOR SEM EXPRESSO CONSENTIMENTO - MÉTODO DE ESTATÍSTICA E DADOS OBSCUROS - FALHA GRAVE DOS DEVERES DE TRANSPARÊNCIA E INFORMAÇÃO INERENTES AO FORNECEDOR DO PRODUTO OU DO SERVIÇO - OCORRÊNCIAS DE PROBABILIDADE DE INADIMPLEMENTO - DANO MORAL RECONHECIDO - CONDENAÇÃO MANTIDA - RECURSO DA RÉ DESPROVIDO. RECURSO DA AUTORA TENDENTE A MAJORAR A INDENIZAÇÃO ARBITRADA - ARBITRAMENTO IRRISÓRIO E DESPROPORCIONAL À LESÃO SOFRIDA, BEM COMO AQUÉM DOS VALORES PRATICADOS PELA TURMA DE RECURSO EM CASOS ANÁLOGOS - MAJORAÇÃO NECESSÁRIA - RECURSO DA AUTORA PROVIDO.

Voto:

Verifico, das informações prestadas nos autos, que o concentre scoring é um sistema de consulta criado pela Serasa e disponibilizado aos seus conveniados que gera uma pontuação aos consumidores sem restrições negativas ao crédito, acenando qual a probabilidade de não pagar a dívida que está assumindo.

Analisando a questão concreta, chego à conclusão de que a Serasa, ao disponibilizar às empresas a pesquisa da pontuação do consumidor pelo sistema concentre scoring, sem que o consumidor autorize expressamente a abertura deste cadastro, tampouco tenha acesso as informações que são utilizadas para gerar a pontuação e, sobretudo, sem permitir a este o acesso ao score (pontuação) que lhe é atribuído na consulta, está violando os direitos dos consumidores à informação e transparência dos cadastros, especificados nos parágrafos 1º e 2º do artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor, além, é

claro, de violar o direito de reclamar por eventuais incorreções e ilegalidades dos apontamentos, conforme dispõe o parágrafo 3º do mesmo artigo.

[...]

Sabidamente, a concessão do crédito e a venda de um produto ou serviço para pagamento futuro é uma liberalidade, e não uma obrigação. É, pois, ato discricionário do fornecedor, sendo a recusa, por si só, insuficiente a ensejar dano indenizável. Entretanto, a Serasa, além de não contar com autorização alguma do consumidor para o cadastro, não especificou sequer quais critérios foram levados em consideração para que a pontuação do autor fosse 'x' ou 'y'. Aí reside a impossibilidade a que foi submetido o consumidor, pois sem saber os motivos da sua pontuação, ficou sem argumentos para que o seu pretenso credor mudasse de ideia. Assim, não houve transparência por parte da demandada, menos ainda respeito ao dever de informação adequada.”

[...]

Demais, a lei 12.414/2011, que institui no Brasil o chamado cadastro positivo, não alberga, nem de longe, o método aplicado aqui pela Serasa. É que, segundo a indigitada lei, participar ou não do Cadastro Positivo é uma escolha que cabe exclusivamente ao consumidor, o qual tem o direito de, livre e conscientemente, decidir o que melhor se aplica para sua situação (art. 4º, caput).

[...]

Para o caso de compreender-se que os dispositivos não possuem o condão de impedir a eficácia imediata da lei, o modelo apresentado pela Serasa destoa totalmente daquele da lei 12.414/2011, na medida em que contraria a transparência, a objetividade, a individualidade, a possibilidade de impugnação dos dados pelo interessado, e, pior, não conta com a aprovação do titular (consumidor) para que conste seu nome e pontuação no dito cadastro.

Portanto, o sistema do concentre scoring não se adequa aos ditames da lei 12.414/2011 (...).

Segundo a própria Serasa, em sua contestação, a pontuação em apreço "reflete o grau de risco apurado em relação a um universo de pessoas com características cadastrais semelhantes àquele consumidor objeto da consulta." E, essa pontuação é "obtida por meio de equações matemáticas que utilizam informações cadastrais e comportamentais de crédito para gerar uma pontuação que varia de 0 (maior risco) a 1000 (menor risco). Adiante, a Serasa afirma que os dados utilizados são objetivos. "Não obstante, fato é que os modelos e fórmulas matemáticas utilizados para o cálculo do scoring são objeto de propriedade industrial, protegidos pelo sigilo e confidencialidade, conseqüentemente não tem a Serasa obrigação de revelá-los".

Beira o absurdo da tese encampada pela Serasa, na medida em que pretende valer-se de interesses que colidem diretamente com direitos fundamentais expressos na Constituição Cidadã, os quais, como disse, asseguram ao cidadão o livre acesso aos bancos de dados com informações suas e reconhece como modelo da democracia o pleno exercício do direito de defesa.

Desse modo, resta evidente o ato ilícito e os prejuízos de ordem extrapatrimonial ao autor. Por aí, vale lembrar, que a jurisprudência, reiteradamente, diz que a ilegalidade na negativação de um nome nos cadastros lenitivos ao crédito, fere o direito de imagem da pessoa e a sua moral. Corolário, qualquer informação desabonadora deve seguir o mesmo caminho, pois o que se rechaça é a informação odiosa, não a negativação em si.

Logo, a manutenção da condenação é medida que se impõe. (TJSC, Recurso Inominado n. 0813645-30.2012.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Vânia Petermann, j. 10-10-2013).

**iii) Ementa: SERASA - CONCENTRE SCORING - VIOLAÇÃO AO ART. 43 DO CDC - RECURSO DESPROVIDO**

- É ilegal a manutenção de cadastro de crédito paralegal, de caráter subjetivo, sem transparência, sem contraditório e obscuro, por entidade privada com efeitos limitadores do crédito do consumidor.

A criação do concentre scoring viola o Estado Democrático de Direito

Ementa Aditiva:

RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SISTEMA CONCENTRE SCORING. BASE DE DADOS. MANUTENÇÃO DE INFORMAÇÕES DO CONSUMIDOR SEM EXPRESSO CONSENTIMENTO. MÉTODO DE ESTATÍSTICA E DADOS OBSCUROS. FALHA GRAVE DOS DEVERES DE TRANSPARÊNCIA E INFORMAÇÃO INERENTES AO FORNECEDOR DO PRODUTO OU DO SERVIÇO. OCORRÊNCIAS DE PROBABILIDADE DE INADIMPLEMENTO. DANO MORAL. PRESUNÇÃO. VALORAÇÃO. CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

- Os princípios informadores da relação de consumo são: a vulnerabilidade do consumidor; a boa-fé objetiva; a transparência; a educação e a informação; a proibição das cláusulas abusivas e, de regra, a responsabilidade civil objetiva do fornecedor. (RI 2011.101348-0 da minha relatoria - Juíza Vânia Petermann) (TJSC, Recurso Inominado n. 2012.10104-9, da Capital, rel. Des. Alexandre Moraes da Rosa, j. 30-08-2012).

**iv) Ementa: RECURSO INOMINADO. CONCENTRE SCORING.1) LICITUDE DO BANCO DE DADOS:**

Não é ilegal a criação de um banco de dados destinado a legitimamente garantir um "melhor crédito", o que em outras palavras visa maior segurança por parte do empresário nas vendas a prazo, fazendo com que os percentuais de inadimplência possam ser reduzidos, estimulando em tese um número maior de vendas, gerando empregos formais e estáveis e em última e otimista análise o crescimento do comércio (notadamente o varejista), o que é benéfico para toda a economia e portanto para todos.

Há que se ressaltar que o empresário detém o principal instrumento protetivo do crédito: a negativa. A sua concessão não é obrigatória, sendo antes faculdade do lojista ou do agente financiador após criteriosa análise da conveniência (vide a propósito APCV n. 2009.027010.9, de Blumenau, rel. Des. Henry Petry Júnior, j. 05.07.2012, nas brilhantes palavras do eminente relator: "...dessarte, na ausência de desdobramentos outros que não os próprios do aborrecimento

experimentado pela não realização da compra e venda pretendida, não há falar em dever de indenizar, pois ausente conduta ilícita no proceder de empresa que, após análise cadastral, conclui pela inconveniência da concessão de crédito"), permitindo concluir que a abertura de crédito é uma atividade que por si só comporta riscos, inerentes ao dia a dia do comerciante, que os aceita quando concede; porém, se é natural que a empresa busque proteger-se da inadimplência, é com igual força justo que se exija maior responsabilidade na concessão cada vez mais indiscriminada de crédito a quem evidentemente não possui recursos nem disciplina financeira para o pagamento pontual, em alguns casos com dramático comprometimento do orçamento doméstico. Daí a indispensabilidade de uma correta análise prévia do crédito, ampla, justa e transparente, com evidente natureza subjetiva (= faculdade).[...] (TJSC, Recurso Inominado n. 2013.400929.1, de Meleiro, rel. Des. Pedro Aujor Furtado Júnior, j. 10-12-2013).

#### **3.3.4) Análise das decisões catarinenses**

Percebem-se decisões em dois sentidos: o sistema é legal e não há dano moral; ou o sistema é ilegal e há o dano. A tendência, facilmente perceptível, é de ligar-se a existência dano moral à legalidade do sistema - raciocínio provavelmente advindo do paradigma do cadastro negativo, qual seja, do dano moral presumido em caso de cadastramento indevido. Distinção interessante é feita por GALLON (2013), em artigo que sugere ser ilegal o sistema de *scoring* quando não autorizado - defendendo, inclusive, o direito do cadastrado de exigir a exclusão de seu registro -, mas não visualiza a possibilidade, por ausência de ofensa à honra subjetiva do registrado.

Quanto à legalidade do sistema, seus defensores argumentam que ele se baseia apenas informações públicas - "emissão de cheques sem fundos, dívidas pendentes, ações judiciais, participação em falências, protestos, dentre outros" conforme a citada decisão do TJSC, única de mérito, até o momento, a respeito do tema, nesse Tribunal - e que, por isso, o sistema não necessitaria nem da comunicação

ao registrado,, obrigatória pelo CDC (art. 43, pgfo. 2o), nem de sua autorização, requisitada pela Lei do Cadastro Positivo (art. 4o).

Relativo a esse ponto, sustenta-se que, caso o “scoring” consistisse apenas na reunião de dados públicos num único só formato, poderia-se argumentar nesse sentido - apesar da obrigação de comunicação do Código de Defesa do Consumidor abranger “cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo”, o que, a interpretar-se, poderia abranger também a mera reunião de dados públicos. No entanto, a classificação do *scoring* como simples reunião de dados públicos não se sustenta por dois motivos.

A primeira razão é que não se sabe, realmente, o conteúdo exato das informações que são alimentadas à equação geradora da pontuação, já que esta é, segundo as empresas que mantêm o sistema, protegida por propriedade intelectual. Pode ser que sejam apenas informações públicas, mas pode ser que as empresas se utilizem daquelas relativas ao histórico de crédito - como definido pela Lei n. 12.414/2011 e explicitado no Decreto n. 7829/2012 - que são positivas e necessitam não apenas de comunicação ao registrado, mas também de sua expressa autorização, nos termos do art. 4o dessa Lei. Além disso, fica o registrado sem saber como se defender: não sabe se as informações utilizadas pela empresa são verdadeiras - ainda que se utilize dado público, ele pode ser inserido equivocadamente, por erro de digitação, por exemplo, na fórmula, e resultar em pontuação baixa -; e não sabe o que pode fazer para melhorar sua pontuação. Fere-se, assim seu direito fundamental ao acesso de informação sobre si, constitucionalmente previsto, como visto, no art. 5o, incisos XXXIII e XXXIV - já que os bancos de dados, como também já demonstrado, são considerados entidades de caráter público -, e disciplinado no *caput* do art. 43 do Código de Defesa do Consumidor.

O segundo é que ainda que as informações sejam públicas, o sistema, não apenas reúne, mas acrescenta dado novo, a pontuação, que tem caráter valorativo e próprio. Essa valoração é um serviço à parte da mera reunião de dados públicos - paga-se por ela. É, portanto, distinta daquela valoração que poderia ser feita pelo

consulente caso visualizasse apenas o conjunto de informações que baseiam essa pontuação - ainda que públicas. Quando traz esse novo dado, o *score* ou pontuação perfaz um cadastro à parte - que, salienta-se, não pode ser acessado por ninguém mediante apenas a pesquisa de dados públicos do cadastrado. E o *score*, por óbvio, não é público, mas ofertado por empresas que cobram pelo serviço. Sendo dado próprio, deve ser no mínimo comunicado ao registrado - caso as informações-base sejam realmente apenas públicas - conforme o mencionado pgfo. segundo do CDC, e sua feitura sem essa comunicação é ilegal, violando o direito, personalíssimo, de privacidade, conforme dimensionado pelo Código de Defesa do Consumidor.

Assim, a caracterização do sistema de *scoring*, por conter, por um lado, carga valorativa própria, que pode ser, inclusive, uma pontuação baixa; e por outro, por não explicitar o conjunto total de informações utilizadas para seu fazimento, deve ser, portanto de “cadastro misto”, conforme trabalhado nas decisões do STJ que versam sobre o sistema SCR do SISBACEN. Por ser mais abrangente do que a simples informação de dívida vencida e não paga - objeto do cadastro negativo -, deve ele ser regido além do CDC, pela Lei do Cadastro Positivo.

E a própria lei, segundo Bessa, permite, em seu “art. 5o, IV, que o gestor dos bancos de dados realize ‘análise de risco’” (2011, p. 91), desde que, é claro, essa análise seja autorizada, nos termos do art. 4o, e seja baseada em informações objetivas, claras (art. 3o) e acessíveis (art. 5o, II) ao cadastrado. Seguem aquele primeiro dispositivo e os comentários de Bessa, que iluminam o tema:

Art. 5º São direitos do cadastrado:

[...]

IV - conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise de risco, resguardado o segredo empresarial;

O objetivo dos bancos de dados de proteção ao crédito é oferecer informações úteis para análise de risco de concessão de crédito. A análise de risco é realizada pelo consulente, ou seja, pelo fornecedor que pretende conceder o crédito ao consumidor. Todavia, com o passar do tempo, as empresas e entidades do setor passaram a oferecer

serviço que realiza avaliações quanto ao risco de determinada concessão de crédito. Por meio de pontuação ou classificação, do tipo *situação normal*, *risco de atraso*, *risco de perda*, o banco de dados emite opinião sobre os riscos de um negócio específico.

A Lei 12.414/2011, no inc. IV do art. 5º, estabelece que o consumidor possui direito de “conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise do risco”. O objetivo principal dos bancos de dados de proteção ao crédito é - reiterar-se - fornecer informações objetivas que possam auxiliar a tomada de decisão de determinado fornecedor. Nada impede, todavia, que o próprio banco de dados - e não o consulente - faça uma avaliação de risco, mas é fundamental que os critérios para análise do risco sejam divulgados.

Aqui ganha dimensão especial o atributo da objetividade. Ora, a própria lei estabelece que as informações devem ser objetivas: “descritivas dos fatos e que não envolvam juízo de valor”(art. 3º, pgfo. 2º, I). A razão é simples. Em face de informação subjetiva, há dificuldade, senão impossibilidade, do exercício do direito de correção (art. 43, pgfo. 3º, do CDC, e art/ 5º, III, da Lei 12.414/2011). Afinal, como pode o consumidor refutar ou exigir correção de avaliação de risco de crédito sem conhecer todos os critérios utilizados? (BESSA, 2011, p. 114-115).

Quanto ao dano moral, há também uma subdivisão. Entendendo-se ser o dano moral somente, ou também (dano moral objetivo), violação a direito personalíssimo, há o dano apenas do cadastramento não autorizado no sistema *scoring*. Isso porque, conforme já exposto, viola-se sempre o direito à privacidade no cadastramento positivo não autorizado. Conforme o caso, o direito à honra também é ferido, pelo menos na sua faceta objetiva - imagem perante terceiros -, mas aqui, apenas caso a informação seja desabonadora - como uma pontuação ruim.

De igual modo, a dignidade da pessoa humana, como trabalhada por Maria Celina Bodin de Moraes, também é vilipendiada, sempre, mormente,, no que concerne à faceta da *liberdade*, ínsita, segunda a autora, naquele princípio. Isso mediante a imposição da “incapacidade de controle acerca dos próprios dados pessoais” (2003, p. 107), somada à injustiça do dano, caracterizada por sua ilegalidade. Ressalta-se, neste caso, a impossibilidade do sofrimento de dano moral por pessoa jurídica cadastrada no sistema.

Se entende-se, em outro viés, que o sofrimento é requisito para configuração do dano moral, aí, a princípio, é difícil perceber-se o dano, principalmente



se a nota do registrado fosse boa. Caberia a ele demonstrar as circunstâncias específicas capazes de fazerem presumir que sofreu em decorrência do cadastramento. O requisito da violação a interesse legítimo, no entanto, é evidente, a partir da ilegalidade do cadastramento não autorizado.

## CONCLUSÃO

O cadastro positivo é ferramenta destinada ao crescimento econômico do país. Sendo o crédito componente essencial da economia de mercado, a diminuição das taxas de juros aos bons pagadores, proveniente da minoração da assimetria de informações entre tomador e concedente do crédito, tende a tornar o ambiente de negócios mais fecundo e justo, na medida em que os bons pagadores são beneficiados por seu bom histórico. Chega a ser um incentivo econômico palpável a boas práticas comerciais.

Isso não pode significar, contudo, desrespeito à privacidade das pessoas, físicas e jurídicas. O cadastramento ilegal, além de injusto, vai no sentido oposto do que deveria. Enrijece as relações comerciais, na medida em que diminui a confiança no próprio sistema de cadastro. No longo prazo, periga a tirar o sentido do próprio cadastramento, já que a base do sistema é a própria confiança. Confiança de que a fonte vai enviar ao banco de dados informações verdadeiras, e de que este irá divulgar de maneira precisa tais dados, o que ajudará o consulente a tomar uma boa decisão a respeito do negócio a ser realizado com o cadastrado. Sem essa confiança, o produto ofertado, o cadastro, perde seu próprio valor - o sistema colapsa em si mesmo, implode.

Nesse sentido, a Lei n. 12.414 é providencial, regulando adequadamente esse tipo de atividade. Um de seus grandes acertos é tornar solidária (art. 16) a responsabilidade dos danos advindos do cadastramento ilegal. Isso porque o sistema é um, e havendo demanda por dados ilegais, provável que também irá haver oferta. Ao tornar solidária a responsabilidade entre fonte, banco de dados e consulente, todos esses participantes do processo de cadastramento perdem incentivo a desrespeitar a lei – e não apenas um deles.

O *concentre scoring* é o exemplo de um sistema promissor na melhor avaliação das capacidades de adimplência nas trocas creditícias, na medida em que

oferece a possibilidade do próprio banco de dados – empresa com maior recursos para tanto, já que tem como objeto de atividade o cadastramento – juntar diferentes informações do consumidor e classificá-las de maneira útil ao consulente. Mas isso deve ser feito de modo claro e aberto, principalmente ao cadastrado, sob pena de violar-se seu direito de privacidade e de acesso a informações pessoais. Como está sendo feito atualmente, é ilegal, e, de novo, congela as relações – o cadastrado nem sabe que está cadastrado, não sabe como seu parceiro comercial (consulente) está decidindo suas condições de negócio e, quando descobre que está cadastrado, não sabe o que pode fazer para melhorar sua nota.

O dano moral, por fim, é instituto que necessita de maior regulamentação. Percebeu-se, no decorrer do trabalho, o quanto a resposta à pergunta “há dano moral no cadastro positivo não autorizado?” pode variar, de acordo com o conceito adotado. A variação conforme o conceito é natural em ciências não exatas, como o Direito, que se utilizam de linguagem escrita como sistema de notação. O problema é que quando a variação é tanta que permite decisões diametralmente opostas. Talvez aí seja necessária a quebra do paradigma de que conceitos devem ser deixados a cargo da doutrina, para uma lei possa melhor delimitar o assunto, e a confusão diminua.

A jurisprudência, até que tal definição aconteça – e mesmo depois, é claro, já que as variações de interpretações, inerentes à linguagem escrita, sempre existirão – deve ter maior zelo ao julgar casos concernentes a dano moral. Uma hora, julga-se com um critério, num segundo momento, com outro, e às vezes, nem se entende qual conceito foi utilizado para decidir a questão. A impressão que fica é de que os casos são decididos muito mais no *feeling* do juiz – o que não seria errado, desde que assim orientado por lei – do que em critérios anteriormente definidos.

Fecha-se o trabalho com anedota folclórica oriental, que denota que esse problema, de ausência de critérios bem definidos para julgamento, mesmo para questões tão cotidianas quanto o dano moral – e de como essa ausência pode, por vezes, levar a um julgamento rígido e/ou subjetivo -, não é novo nem exclusivo de nosso País (citada no original em inglês para evitar-se o perigo de má tradução):

## Mulla Nasrudin and the Wise Man

The philosophers, logicians and doctors of law were drawn up at Court to examine Nasrudin. This was a serious case, because he had admitted going from village to village saying: "The so-called wise men are ignorant, irresolute, and confused." He was charged with undermining the security of the State.

"You may speak first," said the King.

"Have paper and pens brought," said the Mulla.

Paper and pens were brought.

"Give some to each of the first seven savants."

The pens were distributed.

"Have them separately write an answer to this question: "What is bread?"

This was done.

The papers were handed to the King, who read them out:

The first said: "Bread is a food."

The second: "It is flour and water."

The third: "A gift of God."

The fourth: "Baked dough."

The fifth: "Changeable, according to how you mean 'bread.'"

The sixth: "A nutritious substance."

The seventh: "Nobody really knows."

"When they decide what bread is," said Nasrudin, "it will be possible for them to decide other things. For example, whether I am right or wrong. Can you entrust matters of assessment and judgment to people like this? Is it or is it not strange that they cannot agree about something which they eat each day, yet are unanimous that I am a heretic?" (SHAH, 1985, p. 27)

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa. Dano moral e indenização punitiva Universidade Estacio de Sá. Dissertação. RJ. Orientador: Regis Pereira. 2003

BESSA, Leonardo Roscoe. Cadastro positivo: comentários à Lei 12.414, de 9 de junho de 2011. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da república federativa do brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 7.829, de 17 de outubro de 2012. Regulamenta a lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011, que disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. - 9. ed. - São Paulo: Atlas, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico, v. 2, São Paulo, Saraiva, 1998, p. 738  
CAHALI, Yussef Said. Dano moral. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011.

GALLON, Leandro Ambros. Do não cabimento da indenização por dano moral nas ações ajuizadas contra os produtos “concentre scoring” e congêneres: o retorno da “indústria do dano moral”. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013.

Disponível

em:

<<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/?n\_link=revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=13529>. Acesso em jul 2014.

GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito - Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume I: parte geral. - 7 ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Dano à Pessoa Humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SANTOS, Pablo de Paula Saul. Dano moral: um estudo sobre seus elementos. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11819](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11819)>. Acesso em jun 2014.

SHAH, Idries. The exploits of the Incomparable Mulla Nasrudin. Londres: The Octagon Press, 1985.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.